Der Kontraktbruch des Gewerbegehilfen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leopold Weinmann
aus Wallerstein
Rechtspraktikant am Kgl. Landgericht München I.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 7. Dezember 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

177

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meiner hochverehrten Tante
und dem Andenken
meines hochverehrten Onkels.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0100

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt.

§ 2. Der Begriff des Gewerbegehilfen 4
§ 3. Die rechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses des Gewerbegehilfen . . 8
§ 4. Wann liegt Kontraktbruch von seiten des Gewerbegehilfen vor? . . 10

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsfolgen des Kontraktbruchs.

§ 5. Die allgemeinen Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht 17
§ 6. Fortsetzung 25
§ 7. Die besonderen Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht 29
§ 8. Die besonderen Rechtsfolgen nach der Gewerbeordnung 32
§ 9. Fortsetzung 35

Dritter Abschnitt.

Verwirklichung bezw. Sicherung der aus dem Kontraktbruch des Gehilfen für den Arbeitgeber entstehenden Ansprüche.

§ 10. Aufrechnung 40
§ 11. Zurückbehaltung 46
§ 12. Einbehaltung 50
§ 13. Schlußbemerkung 56

Literaturverzeichnis.

Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe. Berlin 1904.

Conrad, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis und Loening. Bd. 1. 2. Aufl. Jena 1900.

Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie. Teil 2. Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen 1902.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse. Halle a. S. 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1908.

Koehne, Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht. Berlin 1901.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 5. Aufl. München 1907.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1 Leipzig 1902. Bd. 2 Leipzig 1908.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.

Nelken, Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze. Berlin 1901.

Neukamp im Verwaltungsarchiv Bd. 5.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1907.

Poel, Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung, Verwirkung bei Lohnforderungen. Diss. Hamburg 1905.

Prenner, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 2. Aufl. München 1906.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.

Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung. Berlin 1902.

Stadthagen, Das Arbeiterrecht. Stuttgart 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. München 1906.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1906.

Stenographische Berichte des Reichstags 1890/91.

Unger, Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin. Berlin 1898.
Wilhelmi u. **Fürst,** Das Reichsgesetz betr. die Gewerbegerichte. Berlin 1891.
Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag. Berlin 1908.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von Th. v. d. Pfordten.
Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik, herausgegeben von E. Francke. Leipzig.
Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, herausgegeben von Jastrow und Flesch. Berlin.

Abkürzungen.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
GO. = Gewerbeordnung.
LBG. = Lohnbeschlagnahmegesetz.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
PStGB. = Polizeistrafgesetzbuch.
GG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Zeitschr.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
Stenogr. Ber. = Stenographische Berichte.
Komm.-Ber. = Kommissionsberichte.
RGE. in Zivils. = Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen.

§ 1.

Einleitung.

Der freie gewerbliche Arbeitsvertrag kam erst im Mittelalter mit der Entwicklung des selbständigen Handwerks in den Städten auf. Vorher war von einem Arbeitsvertrag keine Rede. Denn soweit sich Gewerbe ausgebildet hatten, wurden sie von dem Hörigkeitsverhältnis beherrscht. Der Arbeitsvertrag der damaligen Zeit war jedoch kein solcher im modernen Sinne; er beruhte nicht auf vollkommener rechtlicher Gleichstellung der Kontrahenten, sondern der Arbeitleistende stand in einem persönlichen Gewalt- und Abhängigkeitsverhältnis zu dem Arbeitsherrn. Hieran änderte auch die Rezeption des römischen Rechts im 16. Jahrhundert im allgemeinen nichts, da dem Gebiete des Arbeitsvertrags überwiegend das deutsche Recht erhalten blieb. Ebensowenig griffen partikularrechtliche Regelungen, wie das preuß. allgem. Landrecht, in die bestehenden Verhältnisse durchgreifend ein. Erst die französische Revolution von 1789 gab den Anstoß zur praktischen Durchführung der modernen Grundsätze, die schon geraume Zeit vorher durch die naturrechtlichen und nationalökonomischen Lehren ins Leben gerufen worden waren. Der code civil von 1804 akzeptierte die Anschauung, daß der Arbeitsvertrag ein auf vollständiger Rechtsgleichheit der Vertragsteile beruhendes Verhältnis sei, und ihm schlossen sich wie die meisten modernen Gesetzgebungen auch die in deutschen Landen an. Allein nur formell *rechtlich* war das rein persönliche Gewaltverhältnis verschwunden; *tatsächlich* blieb es in anderer Gestalt bestehen: die neuen Gesetzgebungen verboten Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Vereinigungen und Verabredungen zur Erlangung günstiger Arbeitsbedingungen. Zwar richteten sich die Verbote gleichmäßig gegen beide Teile;

aber der in Wirklichkeit schwer Benachteiligte mußte bei der wirtschaftlichen Superiorität des Arbeitgebers der Arbeitnehmer sein. Mit der Freiheit und Gleichheit auf wirtschaftlichem Gebiete sah es daher schlimm aus, zumal die Partikulargesetzgebungen die Arbeiterkoalitionen mit zuweilen strengen Strafen, so mit Zuchthaus und Gefängnis, bedrohten. Die durch die Bewegung von 1848 geweckte Hoffnung, daß der unhaltbare Zustand ein Ende finden würde, erwies sich als vergeblich, da die darauffolgende Reaktion die kaum gewährte Freiheit wieder erheblich einschränkte. Endgültige Befreiung von der wirtschaftlichen Unterjochung brachte dem Arbeiter einheitlich für ganz Deutschland endlich die Gewerbeordnung von 1869, welche bis 1872 in allen Gebieten Deutschlands mit Ausnahme von Elsaß-Lothringen[1]) zur Annahme gelangte.[2]) Sie proklamierte die Koalitionsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiete, indem sie in ihrem § 152 alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter aufhob.

Diese letzteren Maßnahmen können nun je nach den Verhältnissen entweder unter normaler Lösung des zugrunde liegenden Arbeitsvertrags oder unter nur tatsächlicher, nicht aber vom Recht gestatteter Beendigung desselben, unter Kontraktbruch, getroffen werden.

Es ist wohl unbestreitbar, daß der § 152 RGO., der alle Koalitionsverbote aufhebt, auch diejenigen Verabredungen zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht unter Strafe stellt, die einen Kontraktbruch bei der Verwirklichung bedingen.[3]) Ist dies nun der Fall, so geht mit logischer Notwendigkeit aus dem Zwecke des § 152 hervor, daß auch die Arbeitseinstellungen und Entlassungen selbst, als Inhalt jener

[1]) Dort erst 1888.

[2]) Schon vorher, anfangs der sechziger Jahre, hatten einzelne deutsche Staaten auf dem Wege der Landesgesetzgebung das Koalitionsverbot aufgehoben; so zuerst Sachsen durch das Gewerbegesetz v. 15. 10. 1861.

[3]) So auch v. Landmann, GO. Bd. 2 zu § 152 S. 550.

Verabredungen, auch wenn sie einen Vertragsbruch bedeuten, straflos sind, freilich nur, soweit sie zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsverhältnisse geschehen.

Daher ist damit noch nicht die Straflosigkeit des Kontraktbruchs überhaupt, nämlich da, wo er nicht zu jenem Zweck, sondern z. B. aus Böswilligkeit geschieht, ausgesprochen. Doch ergibt sich auch hier die Unzulässigkeit der strafrechtlichen Verfolgung und die Beseitigung aller entgegenstehenden landesrechtlichen Bestimmungen[4]) aus dem Wortsinn des § 105 RGO. und aus den Motiven[5]) sowie aus der Geschichte der Gewerbeordnung. Zum Inhalt des Arbeitsvertrags gehört nämlich auch die Festsetzung der Rechtsfolgen etwaiger Vertragswidrigkeiten der Kontrahenten. Wenn nun nach den Motiven, wie unten zu Nr. 5 bemerkt, der „Inhalt des Arbeitsvertrags landesgesetzlichen Beschränkungen entzogen" ist, so folgt daraus notwendig, daß von den Landesgesetzen auch der Kontraktbruch nicht mit Strafe belegt werden kann und somit straflos ist, wenn die Gewerbeordnung selbst nichts anderes bestimmt. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr wurde die im Entwurf der Gewerbeordnung von 1869 enthaltene, auf die kriminelle Ahndung des Vertragsbruchs abzielende Bestimmung vom Reichstag abgelehnt. Auch schlugen wiederholte Versuche fehl, den Reichstag zu einer Bestrafung des Kontraktbruches zu bestimmen; erwähnt sei hier nur der Gesetzentwurf des Jahres 1873, die Abänderung einiger Bestimmungen der Gewerbeordnung betreffend.

Daher kommen für die Nichterfüllung des gewerblichen Arbeitsvertrags lediglich die reichszivilrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Gewerbeordnung in Betracht.

---

[4]) Für Bayern PStGB. Art. 155 Abs. 2 u. 3; Abs. 1 ist im Interesse der öffentlichen Ordnung aufrechterhalten. S. v. Landmann § 105 S. 30.

[5]) Zur Novelle von 1878 (Stenogr. Ber. Bd. 3 S. 502): „Nach dem Abs. 1 (nämlich des § 105 der Novelle) ist der Inhalt des Arbeitsvertrags landesgesetzlichen Beschränkungen entzogen. Die Bestimmungen des Landesrechts über die Bedingungen, unter welchen ein geschlossener Arbeitsvertrag Gültigkeit erlangt, insbesondere über die Vertragsfähigkeit der Beteiligten und über die Vertragsform werden dadurch nicht berührt".

Erster Abschnitt.

§ 2.

Der Begriff des Gewerbegehilfen.

I. Der Begriff des Gehilfen, der im Sinne der Gewerbeordnung nur der des Gewerbegehilfen sein kann, findet sich im Wortlaut der Bestimmungen der Gewerbeordnung vielfach vor; so in Tit. 6 und 7 derselben. Er ist hier stets dem „Gesellen" gegenübergestellt. Doch ist dieser Gegensatz lediglich ein sprachlicher, kein rechtlicher. Von beiden Begriffen gibt die Gewerbeordnung keine Definition. Man wird dem Sprachgebrauch entsprechend den Gesellen als den gelernten Gehilfen des Handwerkers bezeichnen, der eine bestimmte Lehrzeit hinter sich hat, also über ein bestimmtes Maß *technischer* Kenntnisse verfügt.[1]) Der Ausdruck „Gehilfe" dagegen bezeichnet diejenige Hilfsperson, die wirtschaftlich die gleiche Rolle hat wie der Geselle, aber nicht so genannt wird, weil der Gewerbebetrieb, in dessen Interesse sie tätig ist, eben kein Handwerk ist. Hier kann der Gehilfe gleichfalls ein technisch gebildeter Arbeiter sein. Doch ist sein Begriff nicht so eng, sondern umfaßt, wie aus dem Tit. 7 GO. hervorgeht, auch den *ungelernten*, unselbständigen Arbeiter. Sieht man nun von dem rein sprachlichen Unterschied ab, so erkennt man, daß der Begriff des „Gesellen" in dem des „Gehilfen" als dem weiteren der Hilfsperson überhaupt untergeht, und daß man beide als Gewerbegehilfen bezeichnen kann.

Der Tit. 7 GO. zählt in seiner Überschrift die Gesellen und Gehilfen als eine Unterart der gewerblichen Arbeiter auf und grenzt sie gleichzeitig ab von den Lehrlingen, Fabrikarbeitern

[1]) Ebenso v. *Landmann* § 121 S. 207.

Betriebsbeamten, Werkmeistern und Technikern. Es gelten somit auch für den Gewerbegehilfen die für den gewerblichen Arbeiter überhaupt von der Wissenschaft[2]) aufgestellten Merkmale, nämlich:

1. Tätigkeit des Gewerbegehilfen in einem gewerblichen Unternehmen, d. h. in einem solchen Unternehmen, das der Gewerbeordnung untersteht;
2. Tätigkeit auf Grund eines Vertragsverhältnisses;
3. Art der Tätigkeit ist Leistung gewerblicher Dienste.

Zu 1. Die Gewerbeordnung gibt vom Begriff des Gewerbes keine Definition. Sie hat vielmehr, wie aus den Motiven zu § 6 des Entwurfes von 1869 hervorgeht, „darauf verzichtet, den Begriff des Gewerbes abzugrenzen, weil die Vielgestaltigkeit der gewerblichen Entwicklung eine scharfe Begriffsbestimmung nicht gestattet". Immerhin hat sie gewisse Direktiven aufgestellt, indem sie in dem gleichen § 6 eine Reihe von Erwerbsarten, die nach dem Sprachgebrauch unter den Begriff des Gewerbes fallen würden, von dem Geltungsbereich der Gewerbeordnung teils vollständig eximiert, teils nur exzeptionell einzelne Bestimmungen auf eine Gruppe anderer Erwerbsarten angewendet wissen will und damit zu erkennen gibt, daß auch die letzteren grundsätzlich nicht als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung zu betrachten sind. Im übrigen ist innerhalb dieser Grenze zur Begriffsbestimmung die bisherige Praxis sowohl in Rechtsprechung wie Gesetzgebung und auch der Sprachgebrauch heranzuziehen.

Hiernach sind als keine Gewerbe anzusehen die auf Urproduktion gerichteten Erwerbsarten (ausdrücklich erwähnt § 6 GO. nur die Fischerei, das Bergwesen[3]) und die Viehzucht), die freien

[2]) So definiert v. Landmann Bd. 2 S. 5 den gewerblichen Arbeiter folgendermaßen: „Als gewerbliche Arbeiter im Sinne des Tit. 7 sind im allgemeinen, soweit nicht hinsichtlich einzelner Kategorien etwas Besonderes bestimmt ist, alle diejenigen Personen anzusehen, welche in einem gewerblichen Unternehmen auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter oder in ähnlichen Stellungen für Zwecke des Gewerbebetriebs beschäftigt werden".

[3]) Die Gewerbeordnung wendet auf die Besitzer und Arbeiter der Bergwerke einen Teil der Bestimmungen des Tit. 7 an. Dadurch könnte der Anschein hervorgerufen werden, daß die Arbeiter in Bergwerken gewerbliche Arbeiter sind. Allein diese Ansicht, die auch in der Literatur vertreten wird, dünkt mir nicht richtig.

Künste und die persönlichen Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung voraussetzen.

Es sind somit nachfolgende Erwerbsarten als Gewerbe zu bezeichnen:

a) die Be- und Verarbeitung der Rohstoffe und Halbfabrikate in Handwerk und Industrie;
b) der Handel[4]) und dessen Hilfsgewerbe;
c) das Verkehrsgewerbe (die Beförderung von Personen und Sachen zu Wasser und zu Lande) mit Ausschluß der Eisenbahnunternehmungen (§ 6 RGO.);
d) die persönlichen Dienstleistungen untergeordneter Art mit Ausnahme der Gesindedienste;
e) der Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb.

Alle diese Erwerbsarten müssen eine fortgesetzte, auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit umfassen, um unter den Begriff des Gewerbes zu fallen.

Zu 2. Der Gewerbegehilfe muß zum Unternehmer in einem Vertragsverhältnis stehen; dasselbe unterliegt hinsichtlich seiner Entstehung und Rechtsgültigkeit den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes. Als Kriterium dafür, daß ein Vertragsverhältnis zugrunde liegt, wird häufig die Gewährung eines Entgeltes für die geleisteten Dienste angesehen werden können. So ist es wohl möglich, daß Ehegatten und Kinder vom anderen Ehegatten bezw. den Eltern als Gewerbegehilfen beschäftigt werden. Nur ist in solchen Fällen genau zu untersuchen, ob wirklich ein Vertragsverhältnis vorliegt, weil die Beschäftigung wie im Verhältnis von Kindern und Eltern auch auf Grund eines bloßen Gewaltverhältnisses (vgl. § 1617 BGB.) stattfinden kann.[5])

Bezüglich der Form des Vertragsabschlusses herrscht volle Freiheit; auch durch Mitarbeit, die stillschweigend geduldet wird, kann der Arbeiter Gewerbegehilfe werden.

Die Gewerbeordnung stellt nur hier das Arbeitsverhältnis der Bergarbeiter dem der gewerblichen Arbeiter in einigen Beziehungen gleich.

[4]) Doch finden die Bestimmungen des Tit. 7 GO. zum weitaus größten Teil auf Handlungsgehilfen keine Anwendung.

[5]) Bezüglich einer solchen Verpflichtung der Ehefrau s. § 1356 BGB.

Zu 3. Nicht jede Art der Tätigkeit schlechthin, die in einem Gewerbe entfaltet wird, macht den Arbeiter schon zum Gewerbegehilfen. Es ist vielmehr erforderlich, daß die geleisteten Dienste dem betreffenden Gewerbebetriebe zugute kommen, also für die speziellen Zwecke des Gewerbebetriebes erfolgen. So ist wohl die Aufwartfrau in einem Hotel, die mit der täglichen Reinigung der Räume beschäftigt ist, nicht aber die in einer Fabrik Gewerbegehilfin.

Die Tätigkeit des Gehilfen kann innerhalb der Betriebsstätte des Unternehmers stattfinden, was die Regel bilden wird; allein auch bei Arbeiten außerhalb derselben in eigener Werkstätte des Gehilfen geht dessen Rechtscharakter nicht verloren, wenn nur dabei die Merkmale des unselbständigen Gewerbebetriebs auf seiten des Gehilfen bestehen bleiben. Man spricht solchenfalls von Heimarbeitern,[6]) die also auch hierher zu rechnen sind.

Wie schon oben (S. 6 Anm. 4) bemerkt, schließt die Gewerbeordnung für die Handlungsgehilfen die Anwendung des Titels 7 bis auf wenige Bestimmungen aus und nimmt damit den kaufmännischen Angestellten den ihnen ohne diese positive Beschränkung zukommenden Rechtscharakter des Gewerbegehilfen. Das gleiche gilt für die Gehilfen in Apotheken. Der Apothekenbetrieb wäre zwar nach § 6 GO. an sich nicht als Gewerbetrieb zu betrachten; allein nach § 1 Ziff. 1 HGB. ist seine Subsumierung unter den Begriff des Handelsgewerbes logisch notwendig. Beide Gruppen von Gehilfen leisten in Betrieben, die der Gewerbeordnung unterstehen, dem Gewerbebetrieb zugute kommende Dienste, ohne zur Kategorie der Gewerbegehilfen zu gehören.

Eine genaue Abgrenzung des Begriffs der Gewerbegehilfen von dem der übrigen gewerblichen Arbeiter durch eine detaillierte Ausführung der juristischen Merkmale ihrer einzelnen Kategorien kann im Rahmen dieser Arbeit nicht gegeben werden.[7])

---

[6]) Übereinst. v. Landmann Bd. 2 § 119b Anm. 2a und Nelken § 121 Anm. 1; a. M. Lotmar S. 310 ff.

[7]) Überhaupt habe ich im Abschn. 1 von einer eingehenden Darstellung abgesehen, da ich das Schwergewicht der Ausführungen auf Abschn. 2 u. 3 legen wollte.

§ 3.

Die rechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses des Gewerbegehilfen.

I. Der Gewerbegehilfe verspricht im Arbeitsvertrag dem Unternehmer die Leistung gewerblicher Dienste gegen Entrichtung einer Vergütung. Ist diese in der Zeitlohnform fixiert, d. h. wird der Lohn nach Zeitabschnitten bemessen, so ist der zugrunde liegende Vertrag unbestreitbar ein Dienstvertrag; denn für den zweiten Vertragstypus des bürgerlichen Rechtes, der hier noch in Betracht kommen könnte, den Werkvertrag, ist bei Entlohnung nach der Zeit begrifflich kein Raum.

II. Während hierüber allgemeine Übereinstimmung herrscht, gehen die Anschauungen über die rechtliche Natur des Arbeitsvertrags, in dem die Entlohnung nach der Zahl der fertiggestellten Stücke stattfindet, auseinander. Man spricht von dieser zweiten im gewerblichen Arbeitsvertrag häufig vorkommenden Vergütungsform als von der Akkordlohnform. Wir haben es im gewerblichen Arbeitsverhältnis meist, um mit Lotmar zu reden, mit dem unbeschränkten Mehrheitsakkord- oder Stücklohnvertrag[1]) zu tun, indem die Zahl der fertigzustellenden Stücke im Vertrag nicht von vornherein festgesetzt ist.

Den aus dem gemeinen Recht von den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch übernommenen Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag[2]) kann man zur rechtlichen Qualifizierung dieser modernen Vertragsform schwerlich verwenden; man kommt damit zu keinem befriedigenden Resultat.

Am schnellsten wird man zu einer Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des Akkordvertrags gelangen, wenn man, den von Lotmar vorgezeichneten Weg einschlagend, untersucht, ob sich nicht aus dem Spezialrecht der Gewerbeordnung

[1]) In den folgenden Ausführungen soll unter dem Begriff des Akkordvertrags nur dieser Stückakkord verstanden sein.

[2]) Beim ersteren sind Gegenstand der Verpflichtung „die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche", beim Werkvertrag „ein Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit".

das Wesen des gewerblichen Arbeitsvertrags überhaupt erkennen läßt. Der Gesetzgeber hat in der Gewerbeordnung offenbar beide Formen des gewerblichen Arbeitsvertrages regeln wollen und auch geregelt. Das geht schon aus der allgemeinen Erwägung hervor, daß er gründlich gegen den Zweck des sozialen Schutzes des Arbeiters verstoßen hätte, wenn er nur den Zeitlohnarbeiter dem Schutze der Novelle von 1891 unterstellt hätte. Eine gemeinschaftliche Normierung beider Vertragsformen ergibt sich jedoch deutlich aus der Tatsache, daß der § 124 Abs. 4 ausdrücklich von „Stücklohn", der für den Gewerbegehilfen, wie erwähnt, hauptsächlich vorkommenden Akkordform, spricht.

Aus einem etwaigen Parallelismus der gewerberechtlichen Spezialvorschriften mit solchen über einen der beiden hier in Frage kommenden bürgerlichrechtlichen Vertragstypen kann nun die Zugehörigkeit des gewerblichen Akkordvertrags zur Kategorie des Dienst- oder Werkvertrags geschlossen werden. Ein solcher Parallelismus, und zwar mit den Bestimmungen über den Dienstvertrag, ist aber tatsächlich vorhanden, wie Lotmar[3]) überzeugend nachweist. So führt er die in § 113 GO. vorgesehene Zeugnispflicht an, die auch für Akkorde gilt und im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht für den Werkvertrag, wohl aber für den Dienstvertrag (§ 630) statuiert ist. Auch die Tatsache, daß die §§ 120 a—120 c, welche die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers regeln, dem § 618 BGB. ähnlich sind, sowie die Verschiedenheit der Kündigungsregeln der GO. (§§ 122, 123, 124 a, 134 Abs. 1, 134 b Ziff. 3) von der rechtlichen Normierung der Kündigung beim Werkvertrag einerseits und andererseits ihren Anklang an die des Dienstvertrags betrachtet Lotmar mit Recht als Beweis für die Intention des Gesetzgebers, den gewerblichen Akkordvertrag subsidiär dem Dienstvertragsrecht zu unterstellen.

Auch der § 121 GO., den Lotmar nicht zu seiner Beweisführung heranzieht, zeigt eine deutliche Übereinstimmung mit einer Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag. Nach § 121 GO. hat der Gewerbegehilfe in Beziehung auf häusliche Einrichtungen den Anordnungen des Arbeitgebers Folge

[3]) s. Bd. 2 S. 99.

zu leisten. Mit den häuslichen Einrichtungen kommt aber der Gewerbegehilfe nur in Berührung, wenn er im Hause des Arbeitgebers arbeitet oder ganz in die Hausgemeinschaft aufgenommen ist. Von einer solchen Aufnahme in die Hausgemeinschaft spricht gleichfalls § 617 BGB., während sie beim Werkvertrag begrifflich ausgeschlossen ist.

Aus dieser Vorschrift des § 121 GO. läßt sich ersehen, daß auch der in Akkord arbeitende Gewerbegehilfe in ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis geraten kann wie nur der Dienstverpflichtete, nie aber der Unternehmer im Werkvertrag. Deshalb wird man mit Sigel[4]) gegen Lotmar[5]) die persönliche Abhängigkeit als ein charakteristisches Kriterium des gewerblichen Arbeitsvertrags als Dienstvertrag anerkennen. Dabei wird nicht der von Lotmar[6]) gerügte methodische Fehler begangen, daß man die Rechtsfolge des gewerblichen Arbeitsvertrags zur juristischen Qualifizierung verwendet und somit „mit der gesuchten Antwort die Beantwortung liefert", sondern aus tatsächlichen Begleiterscheinungen des gewerblichen Arbeitsvertrags schließt man im Hinblick auf ähnliche Erscheinungen im Dienstvertrag auf die gleiche juristische Natur des ersteren.

Das Ergebnis ist also, daß auch der Akkordlohnvertrag stets als Dienstvertrag zu betrachten ist.[7])

§ 4.

Wann liegt Kontraktbruch von seiten des Gewerbegehilfen vor?

I. Bruch des Arbeitsvertrags durch den Gewerbegehilfen bedeutet im weiteren Sinne Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung desselben, sei es durch Nichtantritt der Arbeit oder durch rechtswidrige vorzeitige Arbeitseinstellung oder durch Betätigung

[4]) s. S. 7.

[5]) Bd. 2 S. 858.

[6]) Bd. 2 S. 827, 887.

[7]) Wölbing (S. 76 ff.) kommt (S. 83) zu dem Resultat, daß der Akkordvertrag als Werkvertrag nicht angesehen werden kann, daß derselbe vielmehr ein besonders gearteter mit dem Dienstvertrag des BGB. sich nicht deckender Dienstvertrag ist. Hierzu s. ausführlich S. 86 ff.

eines vertragswidrigen Verhaltens,[1]) das dem anderen Teil einen gerechten Grund zur Lösung des Vertrages gibt. Im engeren, dem Sprachgebrauch angepaßten und auch von der Literatur[2]) und Gesetzgebung[3]) übernommenen Sinne wird man unter Kontraktbruch lediglich die vorzeitige rechtswidrige Endigung des Arbeitsverhältnisses durch Nichtantritt oder Einstellung der Arbeit bezeichnen. Die typische Erscheinungsform des Vertragsbruchs ist die letztere, und sie ist deshalb im folgenden besonders berücksichtigt.

Es ist ersichtlich, daß die Frage, wann ein Kontraktbruch vorliegt, am besten durch die Beantwortung der Frage gelöst wird, wann die Rechtswidrigkeit einer sofortigen Arbeitsdesertion wegfällt, wann also der Gesetzgeber trotz des Vorhandenseins des objektiven Merkmals der Arbeitseinstellung in dieser keinen Kontraktbruch erblickt.

Rechtswidrig ist das Verlassen der Arbeit dann, wenn es vor Ablauf der von vornherein vereinbarten Dauer des Dienstverhältnisses bezw. vor Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten[3a]) Kündigungsfrist ohne einen vom Gesetz oder Parteiwillen gebilligten Austrittsgrund geschieht. Solche Gründe zur sofortigen Arbeitsniederlegung hat die GO. in § 124 nach einzelnen Tatbeständen statuiert; außerdem spricht sie in § 124a noch von „wichtigen Gründen" ganz allgemein, die zu einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, wenn dasselbe mindestens auf vier Wochen oder wenn eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart wurde. Die gesetzlichen Tatbestände können durch Privatdisposition vermehrt, nicht aber eingeschränkt[4]) werden; doch ist der Privatwille insoweit beschränkt,

---

[1]) vgl. Bail S. 223.

[2]) v. Landmann Bd. 2 S. 228 Anm. 6; Sinzheimer S. 57; vgl. auch GG. Bd. 6 S. 221.

[3]) GO. § 124b.

[3a]) Ist eine Kündigungsfrist ausgeschlossen, so ist die sofortige Arbeitsniederlegung gleichfalls kein Vertragsbruch.

[4]) vgl. v. Landmann S. 216 Anm. 2b u. d; ferner Stadthagen S. 109, der a. M. ist. Die GO. zählt in § 124 die Austrittsgründe wie das HGB. in § 71 nicht erschöpfend, jedoch im Gegensatz zu letzterem zwingend auf. Vgl. auch Staub Bd. 1 S. 326.

als er zu einer Verletzung der Gesetze oder guten Sitten oder zu einem Verstoß gegen das Paritätsprinzip des § 122 GO. führen würde.

Den Ausschluß der Rechtswidrigkeit der Arbeitseinstellung bei Vorliegen gesetzlicher Kündigungsgründe drückt § 124 GO. mit den Worten aus: „Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung können Gesellen und Gehilfen die Arbeit verlassen".

Nimmt man mit Lotmar den Begriff „vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit" weiter in dem Sinne, daß er sich auch auf ein für unbestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis bezieht, so erscheint der Zusatz „ohne Aufkündigung" pleonastisch. Um dem Gesetzgeber diesen Vorwurf zu ersparen, wird man diesem Ausdruck den engeren, nur das Arbeitsverhältnis von begrenzter Dauer treffenden Sinn beilegen müssen. Dementsprechend werden sich dann die Worte „ohne Aufkündigung" auf Arbeitsverhältnisse von unbestimmter Dauer beziehen und den Sinn haben: „ohne Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist".[5])

II. 1. Den ersten Arbeitseinstellungsgrund gibt § 124 GO. dem Gehilfen und Gesellen dann, wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig werden.

a) Das Gesetz sagt hier nicht wie in dem bei Verhinderung des Dienstverpflichteten dessen Vergütungsanspruch regelnden § 616 BGB., daß die Unfähigkeit nicht auf Verschulden des Arbeiters beruhen darf. Es ist deshalb häufig die Ansicht vertreten worden, daß das Recht zur außerordentlichen Kündigung bei Unfähigkeit zur Fortsetzung der Arbeit von einem Verschulden unabhängig sei. So kommt Staub[6]) fürs Handelsrecht zu diesem Resultate. Allein dieser Standpunkt erscheint bei näherer Betrachtung unhaltbar. Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Gewerbegehilfe in solchen Fällen, die eine Unmöglichkeit der Leistung infolge eines

---

[5]) Das HGB. § 71 sowie das BGB. § 626 gebraucht den prägnanteren, beide Fälle umfassenden Ausdruck „kündigen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist". § 626 BGB. wird übrigens, wie allgemein anerkannt ist, durch die gewerberechtlichen Spezialvorschriften für das Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags ausgeschlossen.

[6]) Bd. 1 S. 327.

von dem Leistungsverpflichteten zu vertretenden Umstandes bedeuten, zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280, 325 BGB.). Diesen unangenehmen Rechtsfolgen könnte sich der Gehilfe dadurch entziehen, daß er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht — ein Ergebnis, das wohl kaum als dem Rechtsgefühl entsprechend bezeichnet werden kann. Daß der Gesetzgeber eine solche Lücke nicht schaffen wollte, beweist schon der Umstand, daß er beispielsweise im § 8 des Unfallversicherungsgesetzes dem Verletzten den Schadensersatzanspruch versagt hat, wenn er den Unfall vorsätzlich herbeiführt. Auch die übrigen Kündigungsgründe des § 124 GO. setzen ein Verschulden des anderen Teiles (so die Ziff. 2—4) oder wenigstens ein Nichtverschulden des Gehilfen selbst (wie Ziff. 5) voraus. Ebensowenig wie man dem Arbeitgeber das Recht der sofortigen Entlassung zubilligen kann, wenn die Unfähigkeit des Arbeiters durch des ersteren Verschulden eintritt, ebensowenig darf man im Falle eines eigenen Verschuldens, wie besonders bei vorsätzlicher Selbstverletzung, dem Gewerbegehilfen durch ein außerordentliches Kündigungsrecht Gelegenheit geben, um seine Schadensersatzpflicht herumzukommen.

v. Landmann[7]) scheint einen ähnlichen Standpunkt wenigstens bezüglich einer dolosen Verschuldung einzunehmen; denn nach ihm ist zur Fortsetzung der Arbeit unfähig, „wer durch irgendeinen außerhalb seines Willens liegenden Umstand gehindert wird, die bereits begonnene Arbeit überhaupt fortzusetzen, insbesondere durch Unfall, Erkrankung, Einziehung zum Militärdienst, Antritt einer Freiheitsstrafe".

b) Voraussichtlich bald vorübergehende Arbeitsunfähigkeit ist kein Grund zur sofortigen Arbeitseinstellung. Dagegen ist auch andererseits nicht eine dauernde Unfähigkeit erforderlich. Bei Beratung der Novelle von 1891 war zwar der Antrag gestellt worden, im Gesetzestext „dauernd" einzuschalten, und derselbe auch angenommen worden. Bei der 2. Lesung im Plenum wurde aber die Einschaltung wieder gestrichen (Komm.-Ber. in Reichstagsverhandl. 1890/91 Anl. Bd. 2 S. 1454, Stenogr. Ber. S. 2179). Für die Beurteilung, ob die Arbeitsunfähigkeit zum Verlassen der

[7]) Bd. 2 S. 220.

Arbeit berechtigt, ist eben die Frage maßgebend, ob die Behinderung eine im Sinne des § 616 BGB. verhältnismäßig erhebliche ist.[7a])

c) In absoluter Unfähigkeit braucht die Behinderung nicht zu bestehen; es ist schon Grund zu sofortiger Arbeitseinstellung gegeben, wenn der Gehilfe zwar andere, etwa leichtere Arbeiten verrichten könnte, nicht aber die, zu denen er vertragsmäßig verpflichtet ist.

2. Einen weiteren Anlaß zu sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses durch den Gewerbegehilfen sieht das Gesetz darin, daß der Arbeitgeber oder seine Vertreter sich Tätlichkeiten oder grobe Beleidigungen gegen die Arbeiter oder gegen ihre Familienangehörigen zuschulden kommen lassen, vorausgesetzt, daß der Berechtigte innerhalb einer Woche nach Kenntnis dieser Tatsachen von seiner Befugnis Gebrauch macht.

a) Zum Begriff der Tätlichkeit ist nicht notwendig, daß die sie darstellende Handlung als Körperverletzung mit Strafe bedroht ist; es genügt schon der Versuch zu einer solchen, der in diesem Sinne straflos ist. Die Beleidigung muß grober Art sein; bestimmend ist hierbei die Gesamtheit der Verhältnisse, insbesondere der Bildungsgrad des Arbeitgebers sowie des Gehilfen. Zu berücksichtigen ist auch, ob der erstere vom letzteren erheblich gereizt worden ist. Die grobe Beleidigung, die die Gewerbeordnung zum sofortigen Austrittsgrund deklariert, ist jedenfalls ein schwererer Angriff auf die Ehre als „die erhebliche Ehrverletzung" in § 71 HGB.

b) Als Vertreter des Arbeitgebers sind sämtliche dem Gehilfen vorgesetzte Personen zu erachten, die zur Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes oder eines Teils desselben aufgestellt sind. Für den Begriff der Familienangehörigen ist § 52 RStGB. maßgebend.[8])

3. Ziff. 3 cit. schließt weiterhin bei Verlassen der Arbeit den Begriff des Kontraktbruchs aus, wenn der Arbeitgeber oder seine Vertreter oder Familienangehörige derselben die Arbeiter oder

---

[7a]) Ebenso Sigel S. 169; Nelken S. 617; a. M. Schalhorn im GG. Bd. 6 S. 79.

[8]) Ebenso v. Landmann Bd. 2 S. 220.

deren Familienangehörige zu Handlungen verleiten oder zu verleiten suchen oder mit den Familienangehörigen der Arbeiter Handlungen begehen, welche wider die Gesetze oder die guten Sitten laufen.

a) Handlungen, welche gegen die Gesetze laufen, sind sowohl alle strafbaren wie auch solche Verstöße gegen Gesetze, die nicht unter Strafe gestellt sind.

b) Unter Handlungen, welche gegen die guten Sitten verstoßen, sind Unsittlichkeiten im geschlechtlichen Sinne einerseits, andererseits aber auch alle Willenskundgebungen, welche gegen die Moral im weitesten Sinne verstoßen, zu verstehen. Solche Handlungen werden übrigens häufig auch gesetzwidrig sein, sei es im zivil- oder strafrechtlichen Sinne.

4. Schützt die Ziff. 3 des § 124 GO. das sittliche Empfinden des Gewerbegehilfen, so sucht ihn Ziff. 4 vor ökonomischen Benachteiligungen durch den Arbeitgeber zu bewahren. Der Gehilfe ist nämlich zu sofortiger Kündigung berechtigt, wenn ihm der Arbeitgeber den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt, bei Stücklohn nicht für seine ausreichende Beschäftigung sorgt, oder wenn der Arbeitgeber sich widerrechtlicher Übervorteilungen gegen ihn schuldig macht.

a) Unter „bedungener Weise" ist auch der mangels besonderer Vereinbarung an ihre Stelle tretende gesetzliche Modus oder die durch freie Vereinbarung nicht abänderliche Art und Weise der Lohnzahlung (Truckverbot des § 115 GO.) zu verstehen. Auch Verzug in der Lohnzahlung sowie unberechtigte Lohneinbehaltungen und -aufrechnungen gehören hierher.

b) Bei Beschäftigung nach Stück oder Maß ist Nicht- oder nicht ausreichende Beschäftigung selbst schon dann außerordentlicher Austrittsgrund, wenn sie auch nicht andauert und nicht auf einem Verschulden des Arbeitgebers beruht.[9])

c) Die widerrechtlichen Übervorteilungen, die sich der Arbeitgeber zuschulden kommen läßt, brauchen nicht strafbar zu sein; es genügt jede unberechtigte Benachteiligung des Gehilfen.

---

[9]) Ebenso v. Landmann Bd. 2 S. 224 gegen das dort zit. Urteil d. LG. Gera v. 17. 10. 1900; GG. Bd. 6 Sp. 148; a. M. Bail S. 199 bezüglich des Verschuldens. Wie im Text auch Sigel S. 57 Anm. 22.

5. Der letzte der vom Gesetz als Arbeitseinstellungsgründe angeführten Tatbestände ist endlich der, daß bei Fortsetzung der Arbeit das Leben oder die Gesundheit der Arbeiter einer erweislichen Gefahr ausgesetzt sein würde, welche bei Eingehung des Arbeitsvertrags nicht zu erkennen war. Hat jedoch der Gehilfe die Gefährlichkeit der Beschäftigung vorausgesehen oder war dies möglich, so kann er nicht das Recht des § 124 Ziff. 5 für sich geltend machen. Ist aber die Gefahr größer, als von vornherein angenommen werden konnte, so darf der Gewerbegehilfe die Arbeit verlassen, ohne kontraktbrüchig zu werden.

Es ist schon oben (S. 11) bemerkt worden, daß außer den Gründen des § 124 GO. der § 124a noch allgemein bei Vorliegen „wichtiger Gründe" die Rechtswidrigkeit der Arbeitseinstellung beseitigt, sofern das Arbeitsverhältnis mindestens auf vier Wochen oder eine längere als 14tägige Kündigungsfrist vereinbart worden war. Es kann im Arbeitsvertrag bestimmt werden, welche Gründe als wichtig anzusehen sind. Ist dies nicht geschehen, so ist unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage für jeden einzelnen Fall zu prüfen, ob die geltend gemachten Tatsachen die sofortige Auflösung des Vertrags rechtfertigen. Die Gründe können auch in der Person des kündigenden Gewerbegehilfen liegen, nur dürfen sie nicht auf Verschulden seinerseits beruhen.

Praktisch kann die Bestimmung des § 124a besonders dann werden, wenn die „wichtigen Gründe" sich nicht vollkommen mit den festumgrenzten Tatbeständen des § 124 decken oder beispielsweise bei groben Beleidigungen oder Tätlichkeiten die Ausschlußfrist des § 124 Abs. 2 bereits abgelaufen ist.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsfolgen des Kontraktbruchs.

§ 5.

Die allgemeinen Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht.

I. Durch die rechtswidrige Einstellung der Arbeit verstößt der Gewerbegehilfe gegen die ihm durch den Arbeitsvertrag auferlegte Verpflichtung, er erfüllt nicht. Jede Nichterfüllung eines Vertrags zieht nun unter Hinzutreten gewisser Umstände, die den sogen. Verzug begründen, bestimmte Rechtsfolgen nach sich. Der Verzug des Schuldners wird nach § 284 BGB. entweder durch die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgende Mahnung des Gläubigers herbeigeführt oder tritt von selbst mit der Nichtleistung ein, falls für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Beim gewerblichen Arbeitsvertrag wird nun fast durchweg[1]) bei Vertragsabschluß der Moment der Arbeitsaufnahme genau nach dem Kalender, ja sogar nach der Stunde bestimmt, und der Natur der gewerblichen Arbeit nach erstreckt sich die Verpflichtung des Gehilfen nicht allein auf die präzise Einhaltung dieses Zeitpunktes, sondern auch auf die gewissenhafte Fortsetzung der Arbeit mit den nur vom Gesetz und Übereinkommen gestatteten Ruhepausen. Der Gewerbegehilfe kommt deshalb sowohl durch den Nichtantritt der Arbeit als auch durch die unberechtigte Aufgabe derselben ohne vorhergehende Mahnung in Verzug.

Der Beantwortung der Frage nach den Rechtsfolgen dieses Verzugs sei die Erörterung einer anderen Frage, die nunmehr brennend wird, vorangestellt.

---

[1]) Wohl mit Ausnahme der Heimarbeiter; vgl. auch Lotmar Bd. 2 S. 129.

Durch den Kontraktbruch wird das Arbeitsverhältnis (vorausgesetzt, daß der Arbeitgeber von dem ihm zustehenden außerordentlichen Kündigungsrecht, worauf noch später einzugehen ist, keinen Gebrauch macht) nur tatsächlich, nicht aber rechtlich beendigt. Die Zeit der tatsächlichen Arbeitsleistung wird verkürzt, zur „Unterzeit", die rechtliche Dauer des Vertragsverhältnisses dagegen, die „Vertragszeit", wird durch den Kontraktbruch nicht berührt. Ist nun das Ende der Vertragszeit von vornherein genau festgesetzt, indem die Parteien auf bestimmte Zeit kontrahiert haben, so reicht der zeitliche Umfang des Verzugs einfach bis zum Ablauf der Vertragszeit. Wie aber nun, wenn der Vertrag auf unbestimmte Zeit eingegangen war? Regelmäßig wird in solchem Falle das Vertragsverhältnis nur durch Kündigung und Ablauf der vereinbarten bezw. gesetzlichen Kündigungsfrist aufgehoben; die letztere wird durch die Kündigungserklärung in Lauf gesetzt.

In der plötzlichen Arbeitseinstellung oder in der Nichtaufnahme der Arbeit haben wir aber eine Betätigung des Kündigungswillens seitens des Gewerbegehilfen zu erblicken. Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen kann. Kann auch die unbefugte Arbeitseinstellung eine rechtliche Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht herbeiführen, so ist sie für dieses doch nicht vollkommen rechtlich wirkungslos. Es bedarf also von seiten des Gewerbegehilfen beim Verlassen der Arbeit keiner ausdrücklichen Kündigungserklärung; schon durch das Verlassen selbst wird die Kündigungsfrist in Lauf gesetzt und das Vertragsverhältnis endigt mit dem nächsten zulässigen Termin, wenn vereinbarungsgemäß nur für einen solchen die Kündigung zulässig ist, außerdem mit dem Ablauf der Frist. Ist beispielsweise die Arbeitseinstellung am 10. 4. erfolgt und eine Kündigung nur für das Ende des Monats spätestens vierzehn Tage vorher gestattet, so endet die Vertragszeit am 30. 4. Die Dauer des Verzugs bemißt sich sonach auch bis zu diesem Zeitpunkt.

II. Durch den Kontraktbruch des Gehilfen und den hierin liegenden Erfüllungsverzug wird der Arbeitgeber zunächst berechtigt, seinen Anspruch auf Erfüllung des Arbeitsvertrags geltend zu

machen. Der Umfang des Anspruchs ist umgrenzt durch die eben erörterte Dauer der Vertragszeit. Allerdings fehlt im Gesetz jedes Zwangsmitttel, um einen derartigen Anspruch im Wege der Vollstreckung zu realisieren; § 888 Abs. 2 ZPO. verbietet in solchem Fall den durch Auferlegung von Geldstrafen oder Haft sonst allein möglichen indirekten Druck auf den Schuldner. Dagegen kann der Arbeitgeber durch Antrag beim Prozeßgericht erster Instanz die Ermächtigung herbeiführen, auf Kosten des vertragsbrüchigen Gehilfen die geschuldeten Dienstleistungen vornehmen zu lassen, vorausgesetzt, daß dieselben ihrer Natur nach durch einen Dritten vorgenommen werden können, was meistens beim gewerblichen Arbeitsvertrag zutreffen wird. Praktisch wird freilich dieses Verfahren auf nichts anderes als Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, von dem weiter unten zu handeln sein wird, hinauslaufen. Wenn Stadthagen[2]) aus diesem Grunde die Klage auf Erfüllung als schikanös überhaupt nicht zulassen will, so ist das unbedingt zu weit gegangen und eine ganz willkürliche Anwendung des Schikaneparagraphen im Bürgerlichen Gesetzbuch.[3])

Neben dem Rechte der Ersatzvornahme hat — wenigstens im Gewerbegerichtsverfahren — der Arbeitgeber gemäß § 51 GG. die Befugnis, eine nach Ermessen des Gerichts festzusetzende Entschädigung zu verlangen für den Fall, daß die schuldigen Dienstleistungen nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vorgenommen werden. Die Nichtleistung ist zum Zwecke der Vollstreckung des Alternativanspruchs vom Arbeitgeber nicht zu beweisen;[4]) § 726 ZPO. kommt hier nicht zur Anwendung, da § 264 BGB. Platz greift.

III. Das Recht, Erfüllung zu verlangen, ist kein neues, erst durch den Verzug geschaffenes; es wurzelt im Vertrag, und der Verzug ist nur der Anlaß zu seiner Geltendmachung. Anders

---

[2]) S. 119.

[3]) Ebenso Sigel S. 75.

[4]) vgl. Gaupp-Stein S. 413; Sigel S. 75. Doch darf die Vollstreckung des Entschädigungsanspruchs erst nach fruchtlosem Ablauf der für die Erfüllung gesetzten Frist erfolgen. s. Wilhelmi-Fürst S. 213; vgl. auch RGE. Bd. 27 S. 383 f.

verhält es sich mit den übrigen Rechten des Arbeitgebers; sie entstehen erst durch den Verzug.

Neben dem Anspruch auf Erfüllung hat das Gesetz da, wo trotz nachträglicher Erfüllung infolge des Verzugs dem Unternehmer ein Schaden entstanden ist, diesem das Recht gegeben, vom Gehilfen Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens gemäß § 286 BGB. zu verlangen. Derselbe kann entweder im Entgang des Gewinnes, den der Arbeitgeber als Produzent bei rechtzeitiger Lieferung bestellter Waren gehabt hätte, oder im Mehraufwand bei der Entlohnung des an die Stelle des kontraktbrüchigen Arbeiters tretenden anderen Gehilfen und in sonstigen durch den Wechsel verursachten Ausgaben bestehen. Dieser Schaden wird je nach der Konjunktur oder der Stellung, die der Gewerbegehilfe im Arbeitsbetrieb des Unternehmens einnimmt, je nach der Art seiner Betätigung und der durch sie bedingten Möglichkeit des Ersatzes verschieden sein. Einerseits kann er bis zu einem Minimum oder gar auf Null herabsinken, andererseits, besonders bei Vorhandensein einer Vielheit von Kontraktbrüchigen (Streik), bis zu einer immensen Höhe emporsteigen.[5]) „Je größer aber der den Arbeitgeber infolge des Verzugs treffende Schaden ausfällt, um so wichtiger wird das Eingreifen des § 254 BGB., vornehmlich seines Abs. 2 . . . Der Arbeitgeber, dem ein Leistungsverzug droht oder widerfahren ist, darf nicht die Hände in den Schoß legen und den Dingen ihren Lauf lassen, er muß sich vielmehr zu decken suchen."[6])

Aus der Natur des durch den Kontraktbruch entstandenen Schadens ergibt sich, daß die Naturalrestitution des § 249 BGB. nicht möglich, daß somit der kontraktbrüchige Gehilfe zur Entschädigung in Geld verpflichtet ist[7]) (§ 251). Die Leistung kann wohl naturaliter gegebenenfalls nachgeholt werden, nicht aber ist der einmal eingetretene Schaden durch Nachleistung ungeschehen zu machen.

---

[5]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 143.

[6]) s. Lotmar a. a. O.; Bail S. 217. In Abzug kommt gleichfalls die Lohnersparnis dem kontraktbrüchigen Gehilfen gegenüber (vgl. unten S. 27).

[7]) vgl. dagegen Lotmar Bd. 2 S. 141; ferner s. Sigel S. 185.

IV. Von dem durch den Verzug, die nicht rechtzeitige Erfüllung des Vertrags, entstandenen Schaden begrifflich verschieden ist der durch die Nichterfüllung überhaupt verursachte Schaden. Praktisch werden freilich häufig hinsichtlich des Umfangs beide sich decken, besonders dann, wenn eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr möglich ist. Zwischen dem Schadensersatz, der unmittelbar wegen Verzugs zu leisten ist, und dem wegen Nichterfüllung besteht aber der Unterschied, daß ersterer neben dem Anspruch auf Erfüllung gegeben ist, letzterer gerade für diesen eine Surrogatleistung bietet.

Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung steht dem Arbeitgeber entweder nach den §§ 325, 280 BGB. dann zu, wenn die geschuldete Arbeitsleistung durch den Kontraktbruch des Gewerbegehilfen unmöglich geworden ist, oder nach den §§ 326, 286 BGB., wenn der in Verzug befindliche Gehilfe die ihm gesetzte Frist ohne Leistung verstreichen läßt, bezw. wenn die nachträgliche Erfüllung für den Arbeitgeber infolge des Verzugs kein Interesse hat.

Hier entsteht nun die Frage, ob es in der Natur der durch den gewerblichen Arbeitsvertrag versprochenen Leistung liegt, daß sie bei Verzug des Verpflichteten unmöglich wird oder lediglich das Interesse an ihr für den Berechtigten verloren geht. Diese Frage ist in der Literatur verschieden beantwortet; für den Eintritt der Unmöglichkeit hat sich insbesondere Loening[8]) unbedingt ausgesprochen. Sinzheimer[9]) will den Parteiwillen unterscheiden lassen; je nachdem dieser auf Arbeitsleistung „innerhalb des im Vertrag bestimmten Zeitraums und nur innerhalb desselben" gerichtet ist oder nicht, handelt es sich wie bei einem Fixgeschäft um Unmöglichkeit der Leistung oder Möglichkeit nachträglicher Erfüllung. Sigel[10]) nimmt wohl den gleichen Standpunkt ein. Er sagt:

„Die Parteien wollen hier (nämlich bei den Arbeitsverhältnissen, bei denen eine ganz bestimmte tägliche Arbeitszeit

---

[8]) s. Handwörterb. d. Staatsw., herausgegeben von Conrad, S. 995.
[9]) S. 57.
[10]) S. 73.

vereinbart ist), daß eine ganz genau bestimmte Zeit und nicht eine andere Zeit zur Arbeit ausgenützt werde. Sie wollen dies nicht ohne Grund; sie haben vielmehr beide ein ganz erhebliches Interesse daran, daß die maßgebende Arbeitszeit auch eingehalten werde. Die Einhaltung der maßgebenden Arbeitszeit bildet hier also einen „integrierenden Bestandteil des Inhalts der Leistung", einen „so wesentlichen Bestandteil des Schuldverhältnisses, daß die Leistung zu einer anderen als der bestimmten Zeit als eine ganz andere Leistung erscheint.[11]) Die Folge davon ist, daß die dem Arbeiter obliegende Leistung, falls er die maßgebende Arbeitszeit ohne Arbeit hat verstreichen lassen, gerade für diese Zeit unmöglich geworden ist".

Diese Anschauung erscheint mir unrichtig; sie wird insbesondere von Lotmar[12]) bekämpft. Zu erklären ist sie wohl dadurch, daß ihre Vertreter — an sich mit Recht — den gewerblichen Arbeitsvertrag als Fixgeschäft betrachten und aus dem Begriff des letzteren für den Fall des Verzugs die Unmöglichkeit der Leistung herleiten. Die letztere Konstruktion aber ist völlig unberechtigt. Lotmar bemerkt treffend a. a. O.: „Daß eine Leistung, wenn sie nicht während der für sie bestimmten Zeit gemacht wird, nicht mehr zu dieser Zeit gemacht werden kann, weil diese Zeit verstrichen ist, ist nicht Unmöglichkeit der Leistung, auch nicht durch Verzug bewirkte, sonst käme jeder Verzug auf eine Unmöglichkeit hinaus — ein Ergebnis, das dem Bürgerlichen Gesetzbuch widerstreitet und auch sonst zu verwerfen ist. Nicht bloß die für den 26. 4. 1903 bestimmte Arbeit, sondern auch die für diesen Tag bestimmte Zahlung kann nach Ablauf dieses Tages an demselben nicht mehr gemacht werden. Das ist noch keine Unmöglichkeit der Leistung ... Auch damit, daß man sich auf den Willen der Parteien bezieht, welche die Leistung zu der von ihnen bestimmten Zeit und zu keiner anderen bewirkt haben

---

[11]) s. Planck S. 68.

[12]) S. 158; s. auch dort Anm. 2 u. 3. Ich bemerke hier, daß ich auf dem Standpunkt stehe, daß die Unmöglichkeit der Leistung nach ihrem physisch-logischen Sinne zu beurteilen ist. Doch ist m. E. der Unterschied zwischen den beiden in der Literatur vertretenen Theorien für die hier vorliegende Frage ziemlich bedeutungslos. Zu den Theorien über die Unmöglichkeit der Leistung vgl. Oertmann S. 79f.

wollten, macht man die Leistung zu einer anderen Zeit nicht zu einer unmöglichen, sondern nur zu einer nicht dem Parteiwillen entsprechenden".

M. E. ist der Irrtum der Gegner daraus zu erklären, daß sie an Stelle des sicher in den meisten Fällen des Kontraktbruchs fehlenden Interesses an der nachträglichen Erfüllung des Arbeitsvertrags die Leistungsunmöglichkeit setzen. Von einer physischen Unmöglichkeit, wie sie hier vorausgesetzt werden müßte, kann keine Rede sein; durch den Verzug ist nur möglicherweise der wirtschaftliche Wert der Nachleistung für den Arbeitgeber geschwunden.

Freilich kann auch tatsächlich eine relative physische Unmöglichkeit der Leistung durch den Kontraktbruch eintreten, aber aus ganz anderen Gründen als ausschließlich wegen des Moments der Zeit. Ist nämlich die Länge der Verzugszeit eine beträchtliche und findet der Gewerbegehilfe während des Verzugs oder nach Beendigung derselben anderwärts Arbeit, so läßt sich die versäumte Leistung kaum mehr nachholen, weil eben der Gehilfe in seiner Arbeitskraft durch einen anderen Arbeitsvertrag in Anspruch genommen ist; nun ist die Leistung auch physisch unmöglich. Sigel a. a. O. läßt allerdings diesen Grund — freilich nur bei vorübergehender Arbeitseinstellung — in seiner Argumentation ebenfalls durchblicken, wenn er sagt: „Arbeitet der Arbeiter am Montag vertragswidrigerweise nicht, so ist dieser Montag für die in Aussicht genommene Arbeitsleistung unwiederbringlich verloren. Er kann freilich am Dienstag unter Umständen dasselbe Arbeitsresultat herstellen wie am Montag. Aber damit ist dem Arbeitgeber nicht gedient; dieser hat eben Anspruch auf Herstellung der Arbeitsresultate vom Montag und Dienstag". Ob aber Sigel das Schwergewicht seiner Gründe auf diese Ausführung legt, läßt sich nicht erkennen.

Lotmar bemerkt noch a. a. O.: „Unmöglich wird die Leistung durch den Verzug nur dann, wenn sie nach Eintritt derselben und ohne neue Tatsache (als die ihn ausmachende qualifizierte Unterlassung) unausführbar wird". Wie aus den von ihm gegebenen Beispielen hervorgeht, läßt er dementsprechend einen Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Unmöglichkeit nicht zu, wenn beispielsweise den Grund der Verhinderung des Gehilfen

nach dem Verzug übernommene anderweitige Arbeit bildet. Diese Anschauung faßt unbedingt den Begriff des Kausalzusammenhangs zu eng. Es ist vielmehr schon dann die Unmöglichkeit durch den Verzug veranlaßt, wenn letzterer nur eine von mehreren Bedingungen für den Eintritt der ersteren ist; als weitere Ursachen können wohl neue Tatsachen zu der des Verzugs hinzutreten, ohne dessen Kausalität zu stören.

Welcher Anspruch nun im einzelnen Falle gegeben ist (ob der wegen Unmöglichkeit oder der wegen einfachen Verzugs), hängt nach dem Gesagten von den Umständen des konkreten Falles ab. Praktisch dürfte die Geltendmachung des Anspruches auf Grund des § 326 BGB. am zweckmäßigsten sein. Beim gewerblichen Arbeitsvertrag wird, wie bereits erwähnt, eine Fristsetzung nicht notwendig sein, da meistens wegen des bereits eingetretenen Ersatzes des kontraktbrüchigen Arbeiters durch einen anderen die Erfüllung des Vertrags durch den ersteren für den Arbeitgeber kein Interesse[14]) haben wird.

Was den Umfang des Schadensersatzes betrifft, so ist er in beiden Fällen der gleiche; es gilt das oben S. 20 Gesagte auch hier.

Die vorstehenden Erörterungen gelten besonders für den Fall, wo durch den Kontraktbruch die ganze Verbindlichkeit zur Arbeitsleistung nicht erfüllt wird, für den Fall des Nichtantritts der Arbeit. Bei Vertragsbruch in Form der Arbeitseinstellung finden bezüglich der ausstehenden Restleistung die angezogenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In solchen Fällen aber, wo die teilweise Erfüllung, d. h. die bis zum Kontraktbruch geleistete Arbeit, für den Arbeitgeber kein Interesse hat, kann dieser gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 u. § 326 Abs. 1 Satz 3 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Dabei ist zu bemerken, daß die Beurteilung, ob ein Interesse an der bereits

---

[14]) Manche Autoren, wie Oertmann S. 171, wollen aus der von § 286 verschiedenen Ausdrucksweise des Gesetzes in § 326 (Leistung — Erfüllung des Vertrags) einen rechtlichen Unterschied konstruieren. Das Interesse an der Erfüllung des Vertrags bedeutet, wird gesagt, ein solches an dem Austausch der Leistungen; dieses fehle oft bereits, wo jenes an der Leistung noch vorhanden sei. M. E. ist diese subtile Unterscheidung nicht gerechtfertigt; es beruht eben die verschiedene Ausdrucksweise bloß darauf, daß § 226 BGB. von gegenseitigen Verträgen handelt.

geleisteten Arbeit vorhanden ist, anderen Grundsätzen unterliegt als diejenige, ob bei Verzug die nachträgliche Leistung noch Interesse hat (s. vor. S.). Während im letzteren Falle ein Interessemangel stets vorhanden sein wird, ist im ersteren gerade das Gegenteil die Regel, besonders beim Zeitlohnvertrag. Bei Stücklohn ist die umgekehrte Möglichkeit eher denkbar.

§ 6.

Fortsetzung.

I. Alternativ neben den im vorigen Paragraphen erörterten Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entsteht sowohl im Falle der Unmöglichkeit der Leistung als bei einfachem Verzug für den Arbeitgeber gemäß §§ 325, 326 BGB. das Recht des Rücktritts vom Arbeitsvertrag. Für die teilweise Unmöglichkeit infolge der Arbeitseinstellung gelten die eben erörterten Grundsätze über den Schadensersatz; ferner besteht bei teilweiser Unmöglichkeit auch ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrag. Nach § 327 BGB. finden auf dieses Rücktrittsrecht die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 BGB. entsprechende Anwendung. Somit haben Arbeitgeber und Gewerbegehilfe einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Im gewerblichen Arbeitsvertrag vereinfacht sich der Austausch dahin, daß für die geleisteten Dienste die im Vertrag bestimmte (proportionale) Gegenleistung in Geld zu entrichten ist (§ 346 Satz 2 BGB.).

Der Rücktritt hebt den ganzen Vertrag von der Zeit seines Abschlusses an bis zum Augenblick der Erklärung des Rücktritts auf, während die sofortige Kündigung wegen Vertragsbruchs (s. unten S. 29 ff.) den Vertrag bis zu dieser bestehen läßt. Es ist also zwar ein theoretischer Unterschied zwischen den beiden Rechtshandlungen, praktisch zeigt sich aber hier wie dort auf Grund der besonderen Bestimmung des § 346 BGB. der gleiche Erfolg.[1])

[1]) vgl. Lotmar Bd. 1 S. 364 Anm. 1, S. 532 Anm. 4 und Bd. 2 S. 157; ferner Sigel S. 64 u. 65 Anm. 35 u. 36.

Die weiteren in § 325 BGB. dem einen Vertragsteil bei Unmöglichkeit der Leistung seitens des anderen Vertragsteils eingeräumten Rechte des § 323 kommen für den Arbeitsvertrag des Gewerbegehilfen nicht in Betracht. Der Anspruch des Gehilfen auf die Vergütung ist, wie unten auszuführen ist, hinsichtlich der noch nicht geleisteten Dienste noch nicht entstanden. Das Recht des § 323 Abs. 2 kommt nach der Natur der Leistungspflicht des Gewerbegehilfen nicht in Frage, und Abs. 3 cit. greift nur in den höchst seltenen Fällen ein, wo Vorauszahlung vereinbart wurde, oder in den Ausnahmefällen, wo der Arbeitgeber einen Vorschuß gezahlt hat, der den Wert der Arbeitsleistung bis zum Kontraktbruch übersteigt. Beide Fälle sind als exzeptionell nicht weiter zu berühren.

II. Eine Rechtsfolge des Vertragsbruchs, die sich auf Privatdisposition gründet, kann der Anspruch des Arbeitgebers auf Zahlung einer Vertragsstrafe sein. Nicht zu verwechseln ist dieser Fall mit der weiter unten zu besprechenden Lohnverwirkung. Hier habe ich den gewöhnlichen Fall im Auge, wo bei etwaiger Nichterfüllung eine Geldstrafe vereinbarungsgemäß zu zahlen ist. Auf ein derartiges Abkommen finden für das Arbeitsverhältnis des Gewerbegehilfen insbesondere die §§ 339, 340, 343 BGB. Anwendung. Im Falle des Kontraktsbruchs ist also die Vertragsstrafe schon mit dem Verzug durch Nichtantritt oder Einstellung der Arbeit verwirkt. Sie kann statt der Erfüllung des Vertrags verlangt werden. „Die beiden Ansprüche . . . stellen keine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers dar (so 1. Entw. § 420); es sind vielmehr zwei verschiedene Schuldverhältnisse, von denen zwar die Auswahl des zweiten das erste ausschließt, aber nicht umgekehrt.“ [2]) Tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs der auf Schadensersatz, so steht dieser mit dem Anspruch auf die Vertragsstrafe „in elektiver Konkurrenz, d. h. der eine Anspruch schließt den anderen erst nach Maßgabe der dadurch erzielten Befriedigung aus“.[3])

Die ausdrückliche Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird

---

[2]) s. Oertmann S. 190 Anm. 2.
[3]) s. Oertmann S. 191 Anm. 3.

im gewerblichen Arbeitsvertrag eine verhältnismäßig seltene Erscheinung sein. Meistens sucht der Arbeitgeber den gleichen Zweck in der Form der Lohnverwirkung zu erreichen.

III. Es ist noch die Frage offen, welchen Einfluß der Vertragsbruch auf die Lohnforderung des Gehilfen ausübt. Der Beantwortung dieser Frage ist die Bestimmung des BGB. (§ 614) zugrunde zu legen, nach der der Dienstverpflichtete die Vergütung erst nach der Leistung der Dienste zu fordern berechtigt ist.[4]) Die Forderung des Dienstverpflichteten ist, als gegen eine bestimmte Person gerichtet, um mit Crome[4a]) zu sprechen, ein relatives subjektives Recht, das mit der Perfektion des Dienstvertrags existent wird. Dieses Recht an sich ist aber etwas Wesenloses, Abstraktes und ist als solches noch nicht verfolgbar. Erst dann, wenn sich aus ihm der „Anspruch" entwickelt hat, kann es geltend gemacht werden. Dies ist aber hinsichtlich des Rechts auf Vergütung aus dem Dienstvertrag regelmäßig erst nach Leistung der Dienste der Fall. Das will auch der Wortlaut des § 614 BGB. sagen. Die Konsequenz aus diesem Ergebnis für den Fall des Kontraktsbruchs des Gehilfen ist leicht zu ziehen: Der Gehilfe kann nur bis zum Augenblick des Vertragsbruchs den Lohn verlangen; derselbe wird also verhältnismäßig reduziert.

Eben wegen dieser Vorleistungspflicht des Gewerbegehilfen war oben bei der Erörterung der Schadensersatzpflicht derselben bei Kontraktbruch der in der Literatur bestehende Streit zwischen der Differenz- und Austauschtheorie nicht weiter zu berühren.[5]) Diese Frage wird nur brennend, wenn sich fällige Leistungen auf beiden Seiten gegenüberstehen, also bei Verträgen, wo Zug um Zug zu erfüllen ist.

Es wird noch häufig die Frage erörtert, ob der Arbeitgeber gegenüber der Lohnforderung des kontraktbrüchigen Gewerbegehilfen die Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen könne. Nun erscheint es mir unrichtig, beim Dienstvertrag, wo

---

[4]) Abgesehen von entgegengesetzter ausdrücklicher Vereinbarung, die, wie mehrfach erwähnt, im Arbeitsvertrag des Gewerbegehilfen kaum vorkommen wird.

[4a]) Bd. 1 S. 173ff.

[5]) s. Lotmar Bd. 2 S. 155 Anm. 1.

regelmäßig Vorleistungspflicht für den Dienstverpflichteten besteht, überhaupt von der Möglichkeit einer Einrede zu sprechen.[6]) Die Einrede im materiellrechtlichen Sinn ist ein Rechtsbehelf, der sich gegen ein subjektives Recht, das des Rechtsschutzes fähig ist, also gegen einen Anspruch richtet; dementsprechend ist auch der durch die Einrede geltend gemachte Tatbestand nie von Amts wegen zu berücksichtigen. Die für die Zeit über den Kontraktbruch hinaus geltend gemachte Lohnforderung ist nun, wie erörtert, überhaupt noch kein Anspruch geworden und daher nicht rechtsschutzfähig. Die gegenüber einer solchen Forderung geltend gemachte Tatsache der Nichtfälligkeit ist keine Einrede, sondern ein Einwand, der auch von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Am deutlichsten veranschaulicht den Unterschied die Prozeßtechnik. Bei einer Klage auf Zahlung des Lohnes für geleistete Arbeit muß auf Antrag des Klägers bei Ausbleiben des Beklagten Versäumnisurteil ergehen; dagegen kann dies nie geschehen, sobald aus der Klagebegründung hervorgeht, daß der Lohn für eine Zeit verlangt wird, während der der Dienstverpflichtete aus Anlaß des Kontraktbruchs gar nicht gearbeitet hat.

Gegenüber der tatsächlich fällig gewordenen Lohnforderung ist nun aber aus anderen Gründen die Einrede des nichterfüllten Vertrags unzulässig, wenigstens beim Zeitlohnvertrag; denn hier ist, da die Entlohnung ohne Rücksicht auf die Fertigstellung des zu bearbeitenden Gegenstandes nach der Zeit stattfindet, jede bewirkte Teilleistung als eine selbständige, der vereinbarten Vergütung entsprechende anzusehen. Es besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein synallagmatisches Verhältnis.[7]) Beim Akkordlohnvertrag dagegen ist der Lohn erst dann verdient, fällig, wenn das zu verarbeitende Stück fertiggestellt ist. Dem Anspruch auf Auszahlung des ganzen Stücklohnes kann vom Arbeitgeber die Tatsache entgegengehalten werden, daß der Lohn nicht fällig sei. Wir haben also hier wie oben den Einwand der Nichtfälligkeit, keine Einrede. Ist die rückständige Leistung verhältnismäßig

---

[6]) vgl. zu dem Folgenden Staudinger S. 148; Planck S. 142. Gegen die im Text vertretene Ansicht insbes. Oertmann S. 151.

[7]) vgl. Sigel S. 118ff.; Sinzheimer S. 62ff.

geringfügig und wird für die bis zum Kontraktbruch geleistete Arbeit der Lohn gefordert, so ist in analoger Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. der Arbeitgeber als verpflichtet zu erachten, die entsprechende Vergütung an den Gehilfen zu zahlen.[8])

§ 7.

Die besonderen Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht.

I. Durch das rechtswidrige Verlassen der Arbeit seitens des Gewerbegehilfen wird der Arbeitsvertrag nur tatsächlich gelöst; rechtlich bleibt das Vertragsverhältnis bestehen und endigt erst mit dem Ablauf der Vertragszeit. Die oben erörterten Rechte entspringen deshalb alle dem Vertragsverhältnis.

Nun hat aber die Gewerbeordnung für den Fall des Kontraktbruchs dem Arbeitgeber die Befugnis zur sofortigen rechtlichen Auflösung des Vertrags im außerordentlichen Kündigungsrechte gegeben. Nach § 123 Ziff. 3 GO. kann nämlich der Gewerbegehilfe vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung entlassen werden, wenn er die Arbeit unbefugt verlassen hat. Nach v. Landmann[1]) ist hierunter nicht der „vorzeitige Austritt aus der Arbeit", sondern das vorübergehende unbefugte Wegbleiben aus der Arbeit zu verstehen. Allein diese Beschränkung findet im Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt und es ist auch absolut nicht einzusehen, warum das Recht der sofortigen Kündigung gerade auf das minus, das vorübergehende Wegbleiben, beschränkt sein sollte, während beim maius, der dauernden Arbeitseinstellung soweit ich sehe, im Gesetz sonst kein Kündigungsrecht gegeben wäre.[2])

---

[8]) Sigel S. 120 läßt hier die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu gegebenenfalls will er den § 320 Abs. 2 angewendet wissen.

[1]) Bd. 2 S. 218.

[2]) Auch Sinzheimer S. 61 räumt dem Arbeiter auf Grund des § 123 Ziff. 3 GO. ein außerordentliches Kündigungsrecht ein. Ebenso erwähnen Nelken S. 615, Stadthagen S. 98, Bail S. 201 keine ähnliche Beschränkung wie v. Landmann.

Für die Kündigungserklärung, die ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, gelten die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Willenserklärung. Bestritten ist, ob die außerordentliche Kündigung rechtswirksam unter einer Bedingung erklärt werden kann. Wenn auch praktisch selten, so ist doch immerhin denkbar, daß der Arbeitgeber dem kontraktbrüchigen Gewerbegehilfen für den Fall kündigt, daß er nicht innerhalb einer kurzen Frist die Arbeit wieder aufnehme. Der weitaus überwiegende Teil der Autoren spricht sich für die Unzulässigkeit der bedingten Kündigung aus. Lotmar[3]) hält zwar die resolutiv bedingte Kündigung für unwirksam, dagegen die Kündigung unter einer Suspensivbedingung für zulässig. Eine bedingte Kündigung wird aber stets als eine suspensiv bedingte aufzufassen sein, durch die das Arbeitsverhältnis erst mit dem Eintritt der Bedingung rechtlich gelöst wird. Eine resolutiv bedingte Kündigung ist wohl im Arbeitsvertrag nicht gut denkbar und wird nie in der Intention der Parteien liegen.

Was aber die suspensiv bedingte Kündigung betrifft, so ist eine in ihrer Form gehaltene Erklärung nach Sigel[4]) „bei einer richtigen Willensauslegung gar keine bedingte Kündigung im Rechtssinn", sondern „nur Ankündigung einer späteren unter gewissen Voraussetzungen vielleicht erfolgenden unbefristeten Kündigung anzusehen". Diese Auslegung eignet sich wohl für den Fall, wo sich der Arbeiter tatsächlich noch in Arbeit befindet, wie in den von Sigel angeführten Beispielen, nicht aber im Falle des Kontraktbruchs. Hier würde von Sigels Standpunkt aus eine nochmalige Wiederholung der zuerst bloß angedrohten Kündigung notwendig sein, um das Arbeitsverhältnis rechtlich zu beendigen, ein Ergebnis, das sicher nicht befriedigt. Es ergibt sich also, daß ein allgemein geltendes Prinzip überhaupt nicht aufgestellt werden kann. Man kann weder sagen, daß jede in bedingter Form abgegebene Kündigungserklärung wirklich eine bedingte Kündigung noch daß sie stets eine bloße Androhung ist; das muß immer nach den Umständen beurteilt werden. Für den Fall des Kontrakt-

[3]) S. 575 ff.
[4]) S. 159.

bruchs wird man eine derartige Erklärung wohl zweifellos für eine suspensiv bedingte Kündigung mit bei Eintritt der Bedingung ipso iure erfolgender Beendigung des Arbeitsverhältnisses auffassen müssen. Nur eines ist noch dabei zu beachten: Der Eintritt der Bedingung darf nicht länger als eine Woche nach der Kenntnisnahme des Arbeitgebers von dem zur unbefristeten Kündigung berechtigenden Vertragsbruch stattfinden, wenn die bedingte Kündigung rechtsgültig sein soll. Die Spezialvorschrift des § 123 Abs. 2 GO. darf nicht verletzt werden.[5])

II. Welches sind nun die Rechtsfolgen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses für den Gewerbegehilfen einerseits und für den Arbeitgeber andererseits? Maßgebend ist hierfür der § 628 BGB., der ergänzend zu den Vorschriften der §§ 123, 124 GO. hinzutritt.[6])

1. Der Gewerbegehilfe kann zunächst ähnlich wie bei dem durch Kontraktbruch veranlaßten Verzug einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Beim Zeitlohnvertrag ist dieser entsprechende Teil die mit der Arbeitszeit korrespondierende Vergütung, beim Akkordlohnvertrag der Arbeitslohn für die gefertigten Stücke. Ist ein Stück nicht fertiggestellt, so ist dafür so viel Lohn zu zahlen, als das noch nicht vollendete Stück *für den Arbeitgeber* Wert hat. Dabei sind die Mehrausgaben in Betracht zu ziehen, die dem Arbeitgeber durch Fertigstellung des Stückes von seiten eines anderen Arbeiters verursacht werden. Es ist hier nicht der von *Sigel* für die Regel (im Falle unverschuldeter Nichtvollendung eines Stückes) aufgestellte *objektive* Maßstab an die noch nicht fertiggestellte Arbeit anzulegen, sondern lediglich das subjektive Interesse des Arbeitgebers maßgebend, da die Kündigung durch das vertragswidrige Verhalten des Gehilfen veranlaßt ist. Die subjektive Beurteilung kann so weit gehen, daß der Gehilfe insoweit keinen Anspruch auf Lohn hat, als seine bisherigen Leistungen für den

---

[5]) *Sigel* kommt — wohl etwas zu weit gehend — auch wegen einer möglichen Kollusion mit § 123 Abs. 2 GO. bei Annahme einer bedingten Kündigung zu dem von ihm vertretenen, vorhin erörterten Standpunkt.

[6]) s. *Sigel* S. 179; *Sinzheimer* S. 62.

Arbeitgeber kein Interesse haben (§ 628 Satz 2 BGB.); diese letztere Bestimmung kann besonders auch im Zeitlohnvertrag wichtig werden. Ein etwa gegebener Vorschuß ist nach §§ 628 Satz 3, 347 BGB. herauszugeben und von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen.

2. Da der Kontraktbruch ein vertragswidriges Verhalten darstellt und durch ihn die Kündigung veranlaßt wird, so ist gemäß § 828 Abs. 2 der Gewerbegehilfe dem Arbeitgeber zum Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Für den Umfang dieses Schadensersatzanspruchs gelten die oben (S. 20 f.) erörterten Grundsätze (vgl. Sigel S. 185).

§ 8.

Die besonderen Rechtsfolgen nach der Gewerbeordnung.

I. Nach einer Spezialbestimmung der Gewerbeordnung (§ 124 b) ist dem Arbeitgeber bei Kontraktbruch des Gehilfen noch ein sowohl hinsichtlich des Umfangs als des Grundes ganz besonders gearteter Anspruch auf Schadensersatz gegeben. Diese Bestimmung ist durch die Novelle zur Gewerbeordnung v. 1. 6. 1891 eingeschaltet worden und basiert nach den Motiven[1]) auf der Erwägung, daß der Nachweis des Schadens bei Vertragsbruch meist einer schwierigen und langwierigen Feststellung bedarf und diese dann doch zwecklos ist, „weil in den seltensten Fällen der geschädigte Arbeitgeber vollen Schadensersatz vom kontraktbrüchigen Arbeiter tatsächlich erlangen kann". Nach den Motiven zeigt auch die Erfahrung, daß der Arbeitgeber dieses umständliche Verfahren wegen seiner praktischen Wertlosigkeit fast nie einschlägt. Der Entwurf hatte daher im Anschluß an das Strafgesetzbuch, an die Urheberrechts-, Patentgesetze usw. dem Arbeitgeber nach Wahl an Stelle des Entschädigungsanspruchs eine Geldbuße, und zwar bis zum Höchstbetrag des ortsüblichen Tagelohns für sechs Wochen eingeräumt. Der Reichstag mißbilligte den Bußcharakter der Entschädigung

[1]) Stenogr. Ber. über die Reichstagsverhandl. 1890/91 Anl. Bd. 1 S. 18 f.

und setzte einen fixierten Anspruch in der in § 124 b GO. bestehenden Höhe fest.[2]) Die Eigenart dieses Entschädigungsanspruchs besteht darin, daß die Forderung an den Nachweis eines Schadens nicht gebunden ist. Bestritten ist die Frage, ob der Schadensersatzanspruch auch besteht, wenn dem Arbeitgeber kein Schaden erwachsen ist; sie wird von der herrschenden Meinung bejaht. Aus den Motiven sowie der ratio legis geht hervor, daß zur Vereinfachung des Verfahrens jede Beweiserhebung über den Umfang des Schadens abgeschnitten sein soll. Ebensowenig wie daher der Beweis zulässig sein soll, daß der erwachsene Schaden geringer ist als die Entschädigung, die nach § 124 b GO. verlangt werden kann, ebensowenig darf er logischerweise zulässig sein, wenn der wirkliche Schaden auf Null herabsinkt. Ob damit freilich im einzelnen Falle der Bußcharakter der Entschädigung nicht doch aufrechterhalten bleibt, mag dahingestellt sein.[3])

Dem Entschädigungsanspruch ist als Einheit der Betrag des ortsüblichen Tagelohns (§ 8 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. 6. 1883) für den Tag des Kontraktbruchs zugrunde gelegt.

Vor der Geltendmachung des Anspruchs, worunter nicht allein die klageweise Geltendmachung, sondern jede auf sie abzielende Erklärung[4]) zu verstehen ist, hat der Arbeitgeber das Recht der Wahl zwischen der fixierten Entschädigung und den oben erörterten Ansprüchen des bürgerlichen Rechts; nach der Geltendmachung sind die letzteren jedoch unbedingt ausgeschlossen. Dagegen ist wohl nach der Geltendmachung der bürgerlichrechtlichen Ansprüche ein Verzicht auf diese und Beanspruchung der fixierten Entschädigung möglich, solange jene nicht prozeßrechtlich erledigt sind.[5])

---

[2]) s. Komm.-Ber. in Reichstagsverhandl. 1890/91 Anl. Bd. 2 S. 1455 ff.

[3]) vgl. v. Landmann S. 229 Anm. 3 und die dort angeführten Autoren; a. M. Sigel S. 75 Anm. 29, der sich Grote im GG. Bd. 5 S. 21 anschließt; ebenso GG. Berlin bei Unger S. 124 f.

[4]) Ebenso v. Landmann S. 230; Nelken S. 628.

[5]) Ebenso v. Landmann und Nelken a. a. O. Ist der Kontraktbruch von einer Mehrheit von Gehilfen gemeinsam begangen worden und läßt sich der auf die einzelne Person treffende Bruchteil des Schadens nicht feststellen (bei Streiks), so ist, da keine unerlaubte Handlung vorliegt, jeder Vertragsbrüchige nur zu gleichem Anteil schadensersatzpflichtig (§ 420 BGB.); vgl. Bail S. 220 f.

Zu bemerken ist noch, daß das Recht für den Arbeitgeber aus § 124 b GO. auch dann besteht, wenn er von seiner außerordentlichen Kündigungsbefugnis Gebrauch gemacht hat.

II. Einen eigenartigen Anspruch gewährt § 125 GO. dem Arbeitgeber. Für den durch den Kontraktbruch des Gehilfen entstandenen Schaden oder die an die Stelle des Schadensersatzes tretende fixierte Entschädigung haftet nämlich neben dem Gehilfen principaliter derjenige Arbeitgeber, der diesen zum Kontraktbruch verleitet hat oder der wissentlich einen kontraktbrüchigen und dem früheren Arbeitgeber noch verpflichteten Gehilfen zur Arbeit annimmt oder ihn behält, nachdem er seine noch bestehende Verpflichtung in Erfahrung gebracht hat, im letzteren Falle aber vorausgesetzt, daß seit dem Kontraktbruch noch nicht 14 Tage verflossen sind.

Gegenüber minderjährigen kontraktbrüchigen Gewerbegehilfen hat der Arbeitgeber, wie aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 107 GO. e contrario hervorgeht, an dem Arbeitsbuche ein Retentionsrecht. Nach der Fassung des Gesetzes ist nicht anzunehmen, daß dieses Zurückbehaltungsrecht nur auf die Zeit beschränkt ist, für die Erfüllung des Arbeitsvertrags verlangt werden kann; es entspricht vielmehr dem Zweck des Gesetzes, dem Arbeitgeber die Befugnis zuzugestehen, bei Kontraktbruch die Rückgabe des Arbeitsbuches dauernd zu verweigern.[6])

III. v. Landmann[7]) und einige andere Autoren billigen ferner dem Arbeitgeber bei Vertragsbruch des Gehilfen noch die Befugnis zu, gemäß § 273 BGB. das Zeugnis, das der Arbeiter nach § 113 Abs. 1 GO. beim Abgang verlangen kann, so lange zu verweigern, bis dieser seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. In der Gewerbeordnung selbst findet sich keine Stütze für diese Anschauung; § 113 derselben spricht vielmehr von einem „Abgang" des Arbeiters überhaupt, worunter auch der unter Kontraktbruch erfolgende zu verstehen ist. Allein der sich auf § 273 BGB. berufenden Argumentation läßt sich kaum ein stich-

---

[6]) s. v. Landmann Bd. 2 S. 109; a. M. Bail S. 87.
[7]) S. 122; s. ferner Bail S. 235.

haltiger Grund entgegensetzen, und so muß m. E. dem Arbeitgeber auch ein Retentionsrecht am Zeugnis zugestanden werden.[8])

§ 9.

Fortsetzung.

I. Eine der Vertragsstrafe ähnliche und ebenfalls auf Privatdisposition beruhende, aber, wie unten zu beweisen ist, speziell dem Gewerberecht angehörige Rechtsfolge des Kontraktbruchs ist die in gewerblichen Arbeitsverträgen häufige Lohnverwirkung. Die Besprechung derselben habe ich in diesen Abschnitt gestellt, weil sie im Gegensatz zur Aufrechnung, Zurückbehaltung und Einbehaltung kein Realisierungs- bezw. Sicherungsmittel für den aus dem Kontraktbruch erwachsenden Schadensersatzanspruch, kein „Tatbestand von gewisser Rechtswirkung, sondern eine gewisse Rechtswirkung" ist.[1])

Von Lohnverwirkung spricht die Gewerbeordnung in § 134 Abs. 2 und beschränkt hier für die mindestens 20 Arbeiter beschäftigenden Fabrikbetriebe den Umfang der Verwirkung. Daraus kann nun nicht gefolgert werden, daß die Gewerbeordnung die Verwirkung nur in derartigen Betrieben, nicht aber auch in anderen zulassen will. Die Reichstagskommission ging vielmehr von der Ansicht aus, daß solche Verträge auch in kleineren Fabriken und im Handwerk nicht ausgeschlossen seien.[2])

Zur Beurteilung der rechtlichen Natur der „Verwirkung" wird man am besten gelangen, wenn man von der Bedeutung des Begriffes nach dem Sprachgebrauch ausgeht. Verwirkung eines Anspruchs bedeutet Erlöschen dieses Anspruchs. Das Recht einer Person, das bei Eintritt bestimmter Tatsachen „verwirkt" sein soll, geht mit Eintritt derselben ipso iure unter. Die Lohnverwirkung ist demnach „totale oder partielle Vernichtung der Lohnforderung".[3])

---

[8]) A. M. z. B. Sigel S. 172 Anm. 3, der sich aber nur auf § 113 GO. stützt.

[1]) s. Lotmar Bd. 1 S. 452.

[2]) vgl. Reichstagsverhandl. 1890/91 Bd. 4 S. 2264; ich bemerke, daß ich hier lediglich die Verwirkung für den Fall des Vertragsbruchs im Auge habe.

[3]) s. Lotmar Bd. 1 S. 452; a. M. Sigel S. 141.

In der Literatur sind nun verschiedene Versuche gemacht worden, die rechtliche Natur der Lohnverwirkungsabrede zu erklären, und man ist dabei zu ebensovielen widersprechenden Resultaten gekommen.

So erklärt Lotmar[4]) die Lohnverwirkung als eine Konventionalstrafe zwar nicht nach § 339, wohl aber im Sinne des § 342 BGB. Als Gegenstand der Strafe bezeichnet er „eine Unterlassung, eine Duldung fremden Lassens (der Nichtzahlung)". Diese Auffassung widerspricht aber der Definition, die Lotmar von der Verwirkungsabrede selbst gegeben hat; denn durch die Duldung der Nichtzahlung, die einer Nichtgeltendmachung der Forderung gleichkommt, wird der Anspruch nicht beseitigt, sondern seiner Geltendmachung steht nur eine dauernde Einrede, gleichsam eine Stundungseinrede in perpetuum, entgegen. Faßt man jedoch die als Vertragsstrafe versprochene Leistung als eine positive Handlung, nämlich als eine Verzichtserklärung auf,[5]) was zunächst näher liegen würde, so ergibt sich, daß bei Verwirkung der Vertragsstrafe für den Berechtigten nur der Anspruch auf Vornahme der versprochenen Leistung, der Verzichtserklärung, entsteht, nicht aber schon die Rechtsfolgen dieses Verzichts, der Untergang der Lohnforderung eintritt, ein Resultat, das, wie vorhin, dem Begriff der Verwirkung und den Parteiintentionen widerspricht.

Sigel[6]) sieht in der Lohnverwirkungsabrede einen bedingten Aufrechnungsvertrag. Nach ihm tritt die Verwirkung nicht ipso iure, ohne Zutun des Arbeitgebers, sondern erst durch seine dahin gehende Erklärung ein. Der Arbeitgeber soll nur berechtigt sein, für den Fall eines Schadensersatzanspruchs diesen gegen die Lohnforderung aufzurechnen. Diese Auffassung widerspricht zunächst dem Begriff der Verwirkung und dann macht sie die Lohnverwirkungsabrede für den Rechtszustand vor 1900, wo die Aufrechnung unbeschränkt zulässig war, vollkommen überflüssig. Denn wozu bedurfte es damals eines bedingten Aufrechnungs-

---

[4]) Bd. 1 S. 456.

[5]) s. Crome Bd. 2 S. 210 Anm. 2, wo als Inhalt der Vertragsstrafe auch der Verzicht auf ein Recht genannt ist; vgl. auch Oertmann S. 193 Anm. 1.

[6]) S. 143.

vertrags, wo schon an sich aufgerechnet werden konnte? Außerdem ist Sigel in Konsequenz seiner Auffassung gezwungen, da, wo der Lohn verwirkt ist, ohne daß ein Schaden durch den Kontraktbruch entstanden ist, von seiner Konstruktion abzugehen.

Ebensowenig befriedigt m. E. die von v. Landmann[6a]) vertretene Konstruktion der Verwirkungsabrede als der Vereinbarung einer resolutiv bedingten Lohnforderung. M. E. ist es beim Dienstvertrag überhaupt nicht zulässig, die Vergütung, die gerade charakteristisch für den Dienstvertrag ist, vom Eintritt einer Bedingung abhängig zu machen. Durch eine derartige Vereinbarung würde die rechtliche Natur des Dienstvertrags verwischt werden und gegebenenfalls eine Dienstleistung ohne Vergütung, also ein Auftrag, vorliegen.

Zu dem gleichen Resultat führt die Neukampsche Ansicht.[7]) Nach ihm ist die Verwirkung vertragsmäßige Herabsetzung des an und für sich verdienten Lohnes, also eine vertragliche Vereinbarung eines geringeren Lohnes. Wird nun aber der Lohn im Falle des Vertragsbruchs bis auf Null herabgesetzt, so haben wir hier ebenfalls eine Dienstleistung ohne Gegenleistung. Reiht man die Neukampsche Auslegung unter eine typische rechtliche Konstruktion ein, so sagt sie nichts anderes als die von v. Landmann vertretene. Die allgemeine Bezeichnung „bedingte Lohnminderung" ist eben rechtlich nichts anderes als resolutiv bedingte Lohnforderung.

Die einzig richtige Erklärung für das Wesen der Lohnverwirkungsabrede gibt m. E. Sinzheimer.[8]) Er geht davon aus, daß die Lohnverwirkung „in dem Verlust eines Rechts, nämlich der Lohnforderung, für den Fall, daß der Forderungsberechtigte vertragswidrig handelt, besteht". Dieser Verlust beruhe auf einem von den Parteien geschlossenen Nebenvertrag und sei deshalb vertragsmäßige Aufhebung der Forderung. Die Aufhebung eines Rechts ohne Übertragung dieses Rechts sei aber Verzicht auf dasselbe, oder wenn das Recht eine Forderung sei, Erlaß. „Die Lohnverwirkungsabrede ist sonach Lohnerlaß, und

[6a]) Bd. 2 S. 321 f.

[7]) Verwaltungsarch. Bd. 5 S. 226.

[8]) S. 108 ff.; dagegen Oertmann S. 259.

zwar, da die Aufhebung der Lohnforderung von einem bestimmten Umstand abhängig ist (Vertragsbruch), bedingter Lohnerlaß."

Der von Poel[9]) gegen diese Konstruktion erhobene Einwand, die Verwirkung sehe in diesem Fall wie ein Gnadenakt des Arbeiters aus, kann kaum als stichhaltig betrachtet werden. Der Verzicht kann wie jede andere Zuwendung jede beliebige causa haben.[10]) Dies betont übrigens Sinzheimer selbst und widerlegt damit im vornherein jenen Einwand.

II. Die Lohnverwirkungsabrede, als bedingter Erlaß konstruiert, charakterisiert sich als eine Verfügung[11]) über die Lohnforderung im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes v. 21. 6. 1869 und ist an sich nach § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes ungültig, wenn die Lohnforderung für das Jahr die Summe von 1500 Mark nicht übersteigt. Nun findet sich, wie erwähnt, zwar nicht für die Lohnverwirkung beim Arbeitsvertrag des Gewerbegehilfen, wohl aber bei dem des Fabrikarbeiters in § 134 Abs. 2 GO. die Bestimmung, daß in Fabriken mit mindestens 20 Arbeitern die Verwirkung des rückständigen Lohnes den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes nicht übersteigen darf. Es fragt sich nun, ob diese Bestimmung als Spezialgesetz betrachtet werden muß, das die Anwendung des Lohnbeschlagnahmegesetzes für den Fall der Verwirkung in obigen Fabrikbetrieben und in analoger Anwendung auch in anderen gewerblichen Betrieben ausschließt. Sinzheimer[12]) verneint diese Frage mit der Begründung, der § 134 Abs. 2 GO. lasse seinem Wortlaut nach die Frage offen, ob die Lohnbeschränkungsverträge zulässig seien, da er die Gültigkeit derartiger Verträge bloß voraussetze, nicht aber das Lohnbeschlagnahmegesetz für diesen Fall aufhebe. Auch habe man die Frage bei Schaffung der Vorschrift offen lassen wollen. Die Regierung und die Mehrheit des Reichstags sei damals von der falschen

---

[9]) Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung, Verwirkung bei Lohnforderungen, Diss. S. 81.

[10]) s. die Mot. z. BGB.: Mugdan Bd. 2 S. 63; die causa beim Erlaß „kann verschiedenster Art sein"; s. auch Crome S. 310.

[11]) s. Sinzheimer S. 17.

[12]) S. 115; ebenso Sigel S. 127; den im Text vertretenen Standpunkt teilen: Koehne S. 98; Günther im Gew. Bd. 7 S. 83; Bail S. 176 f.

Voraussetzung ausgegangen, daß die Lohnbeschränkungsverträge unbegrenzt zulässig seien und habe deshalb mit der Vorschrift kein neues Recht schaffen wollen. Letzteres ist freilich richtig; unrichtig dagegen ist, daß der Wortlaut des § 134 Abs. 2 GO. die Frage der Zulässigkeit jener Verträge tatsächlich offen lasse. Damit, daß in § 134 untersagt ist, die Verwirkung über eine bestimmte Grenze hinaus auszubedingen, ist jedenfalls auch positiv erklärt, daß eine Lohnverwirkung innerhalb dieser Grenze zulässig ist. Es muß zugestanden werden, daß der Gesetzgeber damals einen falschen Standpunkt eingenommen hat und bei richtiger Würdigung des Lohnbeschlagnahmegesetzes die Vorschrift der Gewerbeordnung nicht geschaffen hätte. Aber nachdem sie einmal zu einer Zeit, wo das Lohnbeschlagnahmegesetz schon längst bestand, Gesetz geworden ist, läßt sie sich auch nicht durch die Erkenntnis der Wissenschaft, daß sie dem Lohnbeschlagnahmegesetz widerspricht, einfach beseitigen. Es bleibt also nichts anderes übrig, als diese gewerberechtliche Vorschrift als das jüngere Spezialgesetz zu betrachten, das die Anwendung des Lohnbeschlagnahmegesetzes im Falle der Lohnverwirkung nicht zuläßt.[13]) Ist aber dies für die Fabrikbetriebe mit mindestens 20 Arbeitern Recht, so muß es logischerweise solches auch für die übrigen unter die Gewerbeordnung fallenden Betriebe sein.

---

[13]) Ebenso Bail a. a. O.; dagegen muß die Zulässigkeit einer Lohnverwirkungsabrede zu anderen Zwecken als zur Deckung gegen Schaden aus Vertragsbruch verneint werden; die Lohnverwirkung überhaupt halten für zulässig Lotmar Bd. 1 S. 452ff. u. Koehne S. 192.

Dritter Abschnitt.

Verwirklichung bezw. Sicherung der aus dem Kontraktbruch des Gehilfen für den Arbeitgeber entstehenden Ansprüche.

§ 10.

Aufrechnung.

I. Jeder Gläubiger, der zugleich auch Schuldner einer gleichartigen Leistung ist, hat zwei Wege, um sich für seinen Anspruch gegen den anderen Teil zu befriedigen. Der eine Weg führt durch den Prozeß zur Zwangsvollstreckung, der andere ist ein außerhalb des Prozeßrechts gelegener; er gehört dem Gebiete des Zivilrechts an und ist für den Gläubiger der weitaus bequemere und sicherer zum Ziel führende: es ist die Aufrechnung. Sie ist freilich begrifflich in erster Linie Tilgung einer Schuld durch Anrechnung einer Gegenforderung und wird zunächst nicht zur Befriedigung für die eigene Forderung vorgenommen, sondern zur Löschung eigener Schuld. Wirtschaftlich zeigt sich jedoch gleichzeitig auch das Ergebnis, daß der aufrechnende Gläubiger für seine eigene Forderung eben durch die Befreiung von seiner Schuld zur Befriedigung gelangt, die er ohne die Aufrechnung vielleicht vergeblich erhoffen würde.

Voraussetzung der Aufrechnung ist gemäß § 387 BGB. lediglich das Gegenüberstehen zweier Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind und von denen wenigstnes die an den Aufrechnenden zu bewirkende fällig ist, die andere aber vorgenommen werden kann. Diese Voraussetzung zur Aufrechnung ist an sich bei den aus dem Kontraktbruch des Gewerbegehilfen für

den Arbeitgeber entstehenden Schadensersatzansprüchen gegeben: auf der einen Seite bestehen diese, auf eine Geldforderung gehend, auf der anderen Seite steht die Lohnforderung. Bis vor dem Jahre 1900 hatte auch, wie fast allgemein anerkannt[1]) ist, dieser Weg zur Schadloshaltung bei Kontraktbruch des Arbeiters dem Arbeitgeber offengestanden. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinem § 394 das Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen, die nicht der Pfändung unterworfen sind, ausgesprochen. Diese Bestimmung hat, wie die Motive[2]) erkennen lassen, ihre Entstehung der Erwägung zu verdanken, daß es eine Inkonsequenz wäre, wenn dem Schuldner gestattet wäre, durch Aufrechnung gegen eine Forderung, die der Exekutive entzogen ist, sich selbst zu befriedigen und dadurch doch gleichsam eine Selbstexekution herbeizuführen. Das Aufrechnungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs führt sonach den Zweck des Lohnbeschlagnahmegesetzes, dem Arbeiter den Lohn, sein einziges Subsistenzmittel, wenigstens am Zahltag zu sichern, in letzter Konsequenz durch.

Gemäß § 394 BGB. in Verb. mit § 850 Ziff. 1 ZPO. und § 1 LBG. darf gegen die Lohnforderung des Arbeiters, soweit sie 1500 Mk. für das Jahr nicht übersteigt, erst dann aufgerechnet werden, nachdem die Leistung der Arbeit erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten ist, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat.

1. Hiernach kann der Arbeitgeber seine Schadensersatzansprüche am Lohnzahlungstag nicht aufrechnen. Der letztere bestimmt sich meist nach positiver Vereinbarung; auch stillschweigend durch gewohnheitsmäßige Auszahlung an den gleichen Tagen kann er bestimmt sein. Wo der Zahltag nicht vertrags- oder gewohnheitsmäßig feststeht, ist er nach der subsidiär eingreifenden Vorschrift des § 614 BGB. zu fixieren. Durch die bloß tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Kontraktbruch werden die so festgesetzten Zahltermine nicht verschoben, wohl aber durch die

---

[1]) Lotmar, Stadthagen u. a. vertreten die Ansicht, daß die Aufrechnung schon vor 1900 auf Grund des § 115 GO. im Gewerberecht verboten war.

[2]) Mugdan Bd. 2 S. 62.

außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers; als Zahltag kommt solchenfalls der Tag der Beendigung in Betracht.[3]) Ist der Gehilfe an dem für die Lohnauszahlung in Betracht kommenden Tag ohne sein Verschulden, etwa durch Erkrankung verhindert, seinen Lohn in Empfang zu nehmen, so wird man auch dann noch das Aufrechnungsverbot bei späterer Auszahlung aufrechterhalten müssen.[4])

2. Das Gesetz macht die Zulässigkeit der Aufrechnung davon abhängig, daß der Gehilfe am Zahltag seinen Lohn nicht „eingefordert" hat, und versteht unter letzterem Ausdruck offenbar den Willensakt des Arbeiters, durch den dieser den Arbeitgeber zur Zahlung des fälligen Lohnes mahnt; regelmäßig wird dieser Mahnung auch die Auszahlung nachfolgen. Wo dies nicht der Fall ist, geschieht es entweder mit oder gegen den Willen des Arbeiters. Unterbleibt nach der Mahnung die Abhebung des Lohnes ganz oder teilweise mit Einverständnis des Gehilfen, so ist gegen diese Rückstandsforderung künftig die Aufrechnung möglich.[5]) Lotmar[6]) kommt bezüglich dieser Frage zu einem anderen Resultat. Nach ihm ist durch die Einforderung Ausschluß der Aufrechnung einmal bewirkt und kann die so eingetretene Wirkung durch eine spätere Stundung nicht wieder aufgehoben werden (in Anwendung des § 2 LVG.). Allein die Berufung auf § 2 LVG. ist m. E. nicht am Platz, weil durch eine nachträgliche Stundung nicht die rechtliche Wirkung der Bestimmungen des § 1 vereinbarungsgemäß ausgeschlossen werden soll, sondern die Einforderung eben einfach widerrufen wird und damit ihre rechtliche Wirkung verliert. Es hieße doch den Arbeiter nicht mehr schützen, sondern geradezu bevormunden, wollte man in der von Lotmar vertretenen Weise die Freiheit seines Willens einschränken. Übrigens widerspricht die von Lotmar vertretene Anschauung auch dem sozialen Zweck des Lohnbeschlagnahmegesetzes und des Aufrechnungsverbots.[7]) Unterbleibt die Abhebung des Lohnes gegen den Willen

[3]) Ebenso Sigel S. 69.
[4]) A. M. Lotmar Bd. 1 S. 406.
[5]) Ebenso Gaupp-Stein Bd. 2 S. 654.
[6]) S. 407.
[7]) vgl. Sigel Anm. 16 S. 105.

des Arbeiters, indem der Arbeitgeber ganz oder teilweise nicht auszahlen will, so bleibt selbstverständlich trotzdem wegen der einmal durch die Mahnung eingetretenen Rechtswirkung das Aufrechnungsverbot bestehen.

II. Eine einzige, wie sich bei näherer Betrachtung herausstellt, allerdings nur scheinbare Ausnahme von dem Aufrechnungsverbot besteht in einem Falle, nämlich dann, wenn bei dem durch Kontraktbruch des Gehilfen verursachten Verzug die bisherigen Leistungen für den Arbeitgeber kein Interesse haben. Sinzheimer[8]) bespricht diese Möglichkeit ausführlich. „In diesem Fall kann der Arbeitsherr Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, dann verwandelt sich gleichzeitig die Lohnforderung in einen gewöhnlichen Anspruch, gegen den Aufrechnung möglich ist." In seiner Argumentation geht Sinzheimer davon aus, daß nach § 280 Abs. 2 für den hier gegebenen Fall die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 BGB. Anwendung finden. Darnach ist dem Gehilfen für die geleistete Arbeit der Wert event. die in dem Vertrag bestimmte Gegenleistung zu entrichten. Diese Forderung ist aber keine Lohnforderung mehr; denn der Arbeitsvertrag ist durch die Geltendmachung des Schadensersatzes mit rückwirkender Kraft aufgelöst worden; an seine Stelle ist ein neues Schuldverhältnis getreten, dessen Inhalt durch § 346 BGB. bestimmt ist. — Der Anspruch aus dem neuen Schuldverhältnis ist ein Anspruch auf Rückgabe, nach gemeinem Recht eine condictio sine causa. Das Lohnbeschlagnahmegesetz und damit auch der § 394 BGB. findet somit nach Sinzheimer auf diese Forderung keine Anwendung.

Die Polemik Sigels[9]) gegen den von Sinzheimer vertretenen Standpunkt ist m. E. verfehlt. Die von ihm angeführte Anschauung des Reichsgerichts, das in einer Entsch. v. 11. 4. 1902 (RGE. in Zivils. Bd. 50 S. 269 ff.) die Differenztheorie vertritt, kann für den hier vorliegenden Fall nicht maßgebend sein, da es

---

[8]) S. 60 f.

[9]) S. 120 Anm. 33; vgl. auch Oertmann S. 288; ferner Jörg in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 2. Jahrg. S. 337.

sich nicht um Nichterfüllung eines Vertrags schlechthin, sondern um teilweise Erfüllung und Wertlosigkeit dieser Teilleistung für den Arbeitgeber handelt. Solchenfalls verweisen die §§ 325, 326 BGB. ausdrücklich auf § 280 Abs. 2 und damit auf die Vorschriften des Rücktrittsrechts, ein Beweis, daß eben hier der Gesetzgeber die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit als eine Erklärung des Rücktritts ansieht.

III. Bisher ist von der einseitigen Aufrechnung des Arbeitgebers, der sogen. Zwangsaufrechnung, die Rede gewesen. Aus dem Zweck der Vorschrift des Aufrechnungsverbots geht nun hervor, daß sie zwingenden Charakters sein muß, d. h. auch nicht durch die vorherige Vereinbarung, daß ihre Anwendung im konkreten Falle ausgeschlossen sein soll, ihre Wirksamkeit aufgehoben werden darf, wenn sie ihre soziale Bestimmung, dem Arbeiter die einzige Existenzquelle nicht zu verstopfen, erfüllen soll. Freilich ergibt sich der zwingende Charakter des § 394 weniger aus der Unzulässigkeit einer Aufrechnung der durch den Kontraktbruch entstandenen Schadensersatzforderung,[10]) als vielmehr aus der Erwägung, daß es hart wäre, eine Aufrechnung des durch eine bloße Fahrlässigkeit des Arbeiters verursachten Schadens gegen dessen Lohnforderung zu gestatten. Wenn aber das Aufrechnungsverbot für derartige Fälle zwingend ist, muß es dies prinzipiell für alle sein. Übrigens leiten manche[11]) die Unzulässigkeit der vertragsmäßigen Ausschließung des Aufrechnungsverbots aus dem § 2 LVG. her. Derselbe verbietet jede Verfügung über die Lohnforderung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft. Eine solche Verfügung soll aber die Vereinbarung der Aufrechnungsmöglichkeit als der vertraglichen Zulassung der Selbstexekution des Arbeitgebers aus der Lohnforderung sein. Diese Heranziehung des Lohnbeschlagnahmegesetzes ist zweifellos richtig, erscheint mir aber in Anbetracht des zwingenden Charakters des § 394 BGB. nicht notwendig.[12])

---

[10]) vgl. Lotmar Bd. 1 S. 400.

[11]) So Lotmar Bd. 1 S. 408; Sinzheimer S. 18f., der sich außerdem auch noch (S. 28) auf § 117 Abs. 2 GO. beruft; Sigel S. 45.

[12]) Ebenso Nelken S. 524; Stadthagen S. 140; GG. Bd. 6 S. 21.

Der Aufrechnungsvertrag findet sich auch in der Form, daß der Gewerbegehilfe bei Auszahlung seines Lohnes am Zahlungstermin in die Aufrechnung willigt. Eine solche Einwilligung hat rechtlich die gleiche Wirkung wie die oben (S. 42) erörterte, am Zahlungstag freiwillige unterlassene Abhebung des Lohnes; die vorgenommene Aufrechnung ist rechtsgültig. Denn wie oben a. a. O. ausgeführt, ist die Aufrechnung möglich, sobald nach der Mahnung die Abhebung des Lohnes von seiten des Arbeiters freiwillig unterbleibt.[13])

IV. Rechnet nun der Arbeitgeber seine Schadensersatzforderung aus dem Kontraktbruch des Gehilfen dem Verbot des § 394 zuwider auf, so ergibt sich aus § 134 BGB. die Nichtigkeit der Aufrechnung, und der Arbeitgeber kommt durch die Nichtauszahlung des fälligen Lohnes in Verzug mit seiner Leistung. Die Folge des Verzugs ist die Verpflichtung zum Ersatz des durch denselben für den Gewerbegehilfen entstandenen Schadens (§ 286 BGB.) und zur Verzinsung der ausstehenden Lohnforderung mit vier vom Hundert nach § 288 BGB. Außerdem erwächst dem Gehilfen, sofern anläßlich des Kontraktbruchs der Arbeitsvertrag nicht schon durch außerordentliche Kündigung seitens des Arbeitgebers rechtlich beendigt worden ist, das Recht, den Vertrag gemäß § 124 Ziff. 4 GO. sofort zu kündigen. Mit Sinzheimer[14]) ist anzunehmen, daß der Ausdruck „bedungen" in der angezogenen Gesetzesstelle in Verbindung mit der dort vorkommenden Negation den Sinn von „vertragswidrig" hat, und daß unter „vertragswidrig" auch ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, die ergänzend den Inhalt eines Vertrages regeln, zu verstehen ist. Trotzdem aber nun eine derartige Aufrechnung ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers darstellt, kann dem Gehilfen, wenn er auf dasselbe hin das von ihm nur tatsächlich beendigte Arbeitsverhältnis auch rechtlich löst, ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB. nicht zugebilligt werden, weil ein dem Gehilfen hierdurch entstandener Schaden schon vorher durch seinen eigenen Kontraktbruch, nicht erst durch die Kündigung verursacht worden ist.

---

[13]) Zum gleichen Resultat gelangt Sigel S. 106 f., allerdings auf anderem Wege.

[14]) S. 50.

Der Ansicht Sinzheimers,[15]) daß der Arbeitgeber durch die Aufrechnung sich auch einer unerlaubten Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches schuldig macht und daher aus § 823 Abs. 2 zum Schadensersatz verpflichtet wird, kann nicht beigetreten werden.

§ 11.

Zurückbehaltung.

Ein ebenfalls dem Interesse des Gläubigers dienendes und für ihn seine eigenen Ansprüche an den Schuldner deckendes Mittel ist das Recht der Zurückbehaltung. Sie setzt ebenfalls wie die Aufrechnung zwei Schuldverhältnisse voraus, aber sie verbindet dieselben enger als jene, indem sie verlangt, daß die beiderseitigen Ansprüche demselben rechtlichen Verhältnis entstammen.[1]) Andererseits wiederum ist die Zurückbehaltung ein viel umfassenderes Deckungsmittel insofern, als für die einander gegenüberstehenden Leistungen nicht wie bei der Kompensation Gleichartigkeit erfordert wird. Naturgemäß kann auch das Retentionsrecht erst dann zur Anwendung kommen, wenn die beiderseitigen Leistungen fällig sind, während die Aufrechnung schon vor Fälligkeit der geschuldeten Leistung vorgenommen werden kann, sobald nur die Leistung, die der Aufrechnende fordern kann, fällig geworden ist und letzterer die seinige bewirken kann.

Ist die Zurückbehaltung auch ein Deckungsmittel gleich der Aufrechnung, so ist doch die Art der Deckung, die beide gewähren, gänzlich verschieden. Der sich durch die Aufrechnung deckende Gläubiger befriedigt sich selbst für seine Forderung und bringt dadurch auch seine eigene Schuld sowie die seines Mitkontrahenten zum Erlöschen; der zurückbehaltende Gläubiger dagegen kann dies nicht bewirken, seine Forderung wie seine Schuld bleiben bestehen. Hier haben wir eine einstweilige Regelung, dort eine definitive, hier eine Sicherung, dort eine Tilgung der Schuldverhältnisse. Klar kommt dieser charakteristische Unterschied praktisch da zum

---

[15]) S. 51; gegen ihn treffend Oertmann S. 259.

[1]) Hierüber s. Oertmann S. 75 f.

Ausdruck, wo die Leistungen ungleichartig sind oder nicht aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen, da also, wo nur Aufrechnung oder nur Zurückbehaltung möglich ist. Wo aber in zwei Schuldverhältnissen die Voraussetzungen für beide Rechtshandlungen sich finden, verwischen sich die Unterschiede derartig, daß man häufig nicht erkennen kann, welche Rechtshandlung vorliegt. Einen solchen Fall bietet typisch der Kontraktbruch des Gewerbegehilfen: es stehen sich auf beiden Seiten Geldforderungen aus einem gegenseitigen Vertrag gegenüber.[2] Freilich kann man sagen, der Wille[3] der die Rechtshandlung vornehmenden Partei wird hier klar legen, ob aufgerechnet oder zurückbehalten wird, ob ihre Forderung getilgt oder nur gesichert werden soll. Allein, wo ein Aufrechnungsverbot besteht wie gegen die Lohnforderung des Arbeiters, wird zu vermuten sein, daß der Arbeitgeber hinter der Zurückbehaltungserklärung in Wirklichkeit eine Aufrechnungserklärung in fraudem legis verbirgt. Der subjektive Maßstab der Willensauslegung wird also so ziemlich versagen und ein objektiver ist, wie bemerkt, nicht vorhanden, da insbesondere bei gegenseitigen Geldforderungen nach einstweiliger Sicherung durch Zurückbehaltung die Tilgung derselben nicht durch reellen Austausch der Leistungen, sondern eben im Wege der Aufrechnung und damit äußerlich auf die gleiche Weise wie die Zurückbehaltung sich vollzieht.[4] Aus diesem Grunde ist auch die Zurückbehaltung einer geschuldeten Geldleistung in ihrer wirtschaftlichen Wirkung der Aufrechnung völlig gleich.[5] Für den Arbeiter ist es ganz gleichgültig, ob der Arbeitgeber seinen Lohn zurückbehält oder gegen ihn aufrechnet. Über diese mächtig sprechende Tatsache

---

[2] Macht der Arbeitgeber von seinem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch, so ist die Schadensersatzforderung zwar nicht aus dem gegenseitigen Vertrag, aber aus demselben rechtlichen Verhältnis entstanden.

[3] So Sinzheimer S. 87.

[4] Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß an Geldleistungen überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht möglich sei. wie das gemeine Recht annahm (vgl. auch RGE. in Zivils. Bd. 12 S. 30); ich stütze meine Beweisführung lediglich auf die Unzulänglichkeit des subjektiven Unterscheidungsmerkmals besonders im Hinblick auf das Aufrechnungsverbot.

[5] Ebenso Sinzheimer S. 87 (vgl. dort die Ausführungen Kohlers); Sigel S. 114; a. M. Bail S. 175 f.

kommt man auch mit jener theoretisch richtigen Behauptung nicht hinweg, durch die Zurückbehaltung sichere nur der Arbeitgeber seine eigene Schadensersatzforderung, und allein gegen die Tilgung durch Aufrechnung richte sich das Verbot des Gesetzgebers. Auch ein berufener Vertreter dieser Ansicht, Dernburg, muß zugeben,[6]) daß Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn haben, und daß sich dann das Zurückbehaltungsrecht zur Aufrechnung gestalten müsse. Und trotzdem kommt er zu dem Schluß, daß die Zurückhaltung gegenüber unpfändbaren Forderungen zulässig sei. „Das Ergebnis", gesteht Dernburg zu, „ist allerdings ein anderes als dasjenige, worauf § 394 hinzuweisen scheint. Aber es ist unausweichlich und doch wohl auch zweckmäßig". M. E. ist es unmöglich, bei richtiger Würdigung des sozialen Zweckes des Aufrechnungsverbots aus der von Dernburg zugegebenen Tatsache, daß Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn haben und daher Zurückbehaltung Aufrechnung sei, das von ihm vertretene Resultat zu gewinnen. Zweckmäßig, das sei zugestanden, mag eine Umgehung des Aufrechnungsverbots bei böswilliger Materialbeschädigung, auch bei Kontraktbruch sein, nie aber bei fahrlässiger und besonders gering-fahrlässiger Beschädigung, nachdem der Gesetzgeber einmal das Lohnschutzprinzip statuiert hat. Und um in den letzteren Fällen eine Umgehung durch die Zurückbehaltung zu verhindern und dem Prinzip des Lohnerhaltungsschutzes gerecht zu werden, darf man prinzipiell die Zurückbehaltung unpfändbarer Lohnforderungen nicht zulassen.[7])

Einige Schriftsteller suchen den Beweis der Unzulässigkeit der Zurückbehaltung auch durch Berufung auf den Zwischensatz im § 273 BGB.: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt" zu führen. So sagt Lotmar,[7a]) hierauf gestützt: „Das Arbeitsverhältnis ist nun ein Schuldverhältnis, aus dem sich angesichts des dafür geltenden Kompensationsverbots ein anderes ergibt, nämlich ergibt, daß der Arbeitgeber, der den Lohn schuldet, nicht um einer gleichartigen Schuld des Arbeitnehmers

---

[6]) Bd. 2, 1 S. 127.

[7]) vgl. auch Wölbling S. 186.

[7a]) Bd. 1 S. 430.

willen den Lohn zurückbehalten darf". Lotmar wendet also das Kompensationsverbot analog auch auf die Zurückbehaltung an.[8])

Ebenfalls auf dem Wege der Rechtsanalogie in Verbindung mit dem erwähnten Zwischensatz des § 273 BGB. kommt Sinzheimer[9]) zu dem im Text vertretenen Resultate. Er schließt von der Unzulässigkeit der Zurückbehaltung des Arbeitsbuches, des Zeugnisses, der Quittungskarte — im Sinne des § 273 BGB. — auf die Unzulässigkeit der Zurückbehaltung im gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt. Gegen diese Beweisführung wendet sich in richtiger Widerlegung Poel[10]): „Bei den von Sinzheimer angeführten Beispielen handelt es sich lediglich um Legitimationspapiere bezw. beweiserhebliche Urkunden. Diese dürfen natürlich deshalb nicht zurückbehalten werden, weil sie oft den einzigen Ausweis bilden, den der Arbeiter besitzt . . . Das hier bestehende Verbot der Retention beruht also auf einer ganz anderen ratio legis als das von Sinzheimer aus ihm für die Lohnforderung abgeleitete".

Nicht anschließen kann ich mich der Sigelschen[11]) Beweisführung, die sich ebenfalls auf den Zwischensatz des § 273 BGB., aber auf seinen entstehungsgeschichtlichen Sinn stützt. Nach der von Pappenheim vertretenen und von Sigel akzeptierten Anschauung ist dieser Sinn der, daß der Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht hat, sofern er nicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet ist. Nach Sigel ist aber dies der Arbeitgeber, weil „er seine Schuld nach dem Willen des Gesetzgebers ohne Rücksicht auf seine Gegenforderung bar zu bereinigen hat, mit anderen Worten, weil er vorleisten muß". Diese ungewöhnliche Interpretation des Ausdrucks „vorleisten" erscheint mir auch zu künstlich, um zu überzeugen, und außerdem gelangt m. E. Sigel zu nichts anderem als zu einer analogen Anwendung des Aufrechnungsverbots.

---

[8]) Wohl derselbe Standpunkt wie der auf S. 47 f. auf Grund der gleichen wirtschaftlichen Wirkung der Zurückbehaltung entwickelte.

[9]) S. 78 f.

[10]) S. 54 f.

[11]) S. 114.

Die nach dem Ausgeführten unzulässige Zurückbehaltung gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen ist wie die Aufrechnung (S. 45) gemäß § 134 BGB. nichtig. Für den Gewerbegehilfen ergeben sich die gleichen Rechte wie dort.[12])

§ 12.

Einbehaltung.

I. Während Aufrechnung und Zurückbehaltung dem Arbeitgeber, soweit sie zulässig sind (bei Arbeitslohn über 1500 Mark), Deckung bieten für bereits entstandenen Schaden, soll die Einbehaltung, so wie sie in § 119a GO. erwähnt ist, ihm den Ersatz eines möglichen zukünftigen durch Kontraktbruch entstehenden Schadens oder die Zahlung einer für diesen Fall ausbedungenen Vertragsstrafe sicherstellen. Die Einbehaltung hat aber andererseits mit der Zurückbehaltung gemeinsam, daß sie wie diese, im Gegensatz zur Aufrechnung, lediglich einen provisorischen Zustand schafft. Während weiterhin Aufrechnung und Zurückbehaltung auf einem einseitigen Willensakt des Arbeitgebers beruhen, dokumentiert die Einbehaltung wie die Verwirkung den Vertragswillen beider Parteien; sie ist das Ergebnis einer Verabredung zwischen Arbeitgeber und Gehilfen, sei es bei Vertragsabschluß oder bei der Lohnauszahlung. Die Einbehaltung kann verschiedenen Zwecken dienen, sowohl dem Vorteil des Arbeiters, indem ein Teil seines Lohnes bei der Auszahlung zu Sparzwecken vom Arbeitgeber einbehalten wird, als auch dem Vorteil des Arbeitgebers, wie erwähnt, zur Deckung etwaiger Schadenersatzansprüche. Bei der folgenden Darstellung habe ich nur die letztere im Auge, die sogen. kautionale Einbehaltung, und zwar diese auch nur im Sinne des § 119a GO. zur Deckung eines durch Kontraktbruch erwachsenden Schadens oder einer hierwegen zu zahlenden Vertragsstrafe.

---

[12]) Die überwiegende Praxis der Gewerbegerichte teilt den hier vertretenen Standpunkt; die entgegengesetzte Anschauung manifestiert die vorherrschende Praxis der Berufsgerichte; vgl. auch noch Prenner S. 20; Godron in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 2. Jahrg. S. 287 ff. und Jörg daselbst S. 336 ff.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Einbehaltung hat ebenso viele als widersprechende Konstruktionsversuche gezeitigt. Durch die Einbehaltungsabrede wird der Arbeitgeber berechtigt, am Zahltag vorläufig einen Teil des Lohnes bis zu der im § 119a GO. bestimmten Höhe nicht auszubezahlen, obwohl ihm ein gegenwärtiger Anspruch nicht zusteht. Daß die Abrede auch die Befugnis enthält, „sich für etwa dem Arbeitsverhältnisse entspringende Ersatzansprüche aus dem zurückbehaltenen Lohnbetrage zu befriedigen",[1]) muß bestritten werden. Das ist wohl der Zweck der Abrede, der auch in diese aufgenommen wird; aber eine durch die Abrede selbständig gegebene Befugnis, sich aus dem einbehaltenen Betrag zu befriedigen, wird dem Arbeitgeber nicht gewährt. Schon mit der Unrichtigkeit dieser Voraussetzung ergibt sich auch die Haltlosigkeit der von Sinzheimer[2]) aufgestellten Konstruktion der Einbehaltung als Pfandbestellung. Die Verursachung eines Schadens durch den kontraktbrüchigen Gewerbegehilfen und die Nichtbefriedigung des Schadensersatzanspruches des Arbeitgebers soll diesen noch nicht wie bei der Pfandbestellung berechtigen, sich durch das Pfand Befriedigung zu verschaffen. Das Recht zur Befriedigung ist ein selbstständiges, von dem der Einbehaltung getrenntes, nicht mit diesem zu einem Rechtsbegriff verbundenes, wie Sinzheimer meint. Das war zu der Zeit, wo das Aufrechnungsverbot noch nicht bestand und jenes Recht zur Befriedigung eben die Aufrechnung war, auch nicht nötig. Und heute können um deswillen, weil die Aufrechnung nicht mehr gestattet ist, beide Rechte nicht in eins verschmolzen werden.

Abgesehen davon begeht Sinzheimer den Fehler, daß er die Begriffe „Lohneinbehaltung" und „Lohneinbehaltungsabrede" zusammenwirft. Einmal ist bei ihm die letztere eine vertragsmäßige Sicherheitsleistung, dann wieder bezeichnet er sie als Lohnverpfändung. Gemeint wird wohl sein, daß auf Grund der Lohnverpfändung in Form der Einbehaltungsabrede die Sicherheitsleistung in Form der Einbehaltung stattfindet; denn die Verpfändung der Lohnforderung kann man wohl als Sicherung, nicht aber als

---

[1]) s. Sinzheimer S. 97.
[2]) S. 99 ff.

Sicherheitsleistung im technischen Sinne (§ 232 BGB.) betrachten. Soweit ich sehe, folgert Sinzheimer aus der Natur der Einbehaltung als Sicherheitsleistung, daß die Einbehaltungsabrede Lohnverpfändung ist. Die Richtigkeit dieses Schlusses vermag ich nicht zu erkennen. M. E. folgt aus jener Voraussetzung nur, daß die Einbehaltungsabrede lediglich ein vertragsmäßiges Versprechen künftiger Sicherheitsleistung, nie aber schon eine Sicherung selbst ist. Übrigens scheitert Sinzheimers Theorie der Lohnverpfändung auch daran, daß nach § 1281 der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinsam leisten kann; hiernach müßte der Arbeitgeber an sich und den Gehilfen gemeinschaftlich leisten, was aber nicht der Fall ist.[3])

Von der gleichen irrigen Voraussetzung wie Sinzheimer, daß durch die Einbehaltungsabrede dem Arbeitgeber zugleich ein Exekutionsrecht eingeräumt wird, geht anscheinend Sigel[4]) aus; denn er betrachtet die Abrede als eine „Kombination eines Kreditierungs- und Aufrechnungsvertrages", indem er seine im GG. Bd. 6 S. 40 früher von ihm niedergelegte und von Sinzheimer[5]) bekämpfte Theorie des bedingten Aufrechnungsvertrages dahin modifiziert. Der Standpunkt Sigels kann daher nur als teilweise richtig bezeichnet werden, wie unten zu erörtern ist.

Nach Nelken[6]) ist „die Lohneinbehaltung die vorläufige Zurückbehaltung eines fälligen Lohnbetrages am Lohnzahlungstermine zur Sicherheitsleistung für den Arbeitgeber. Ebenso bezeichnet Lößer[7]) die Lohneinbehaltung als Zurückbehaltung nach § 273 BGB. Ob Nelken gleichfalls eine Zurückbehaltung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches meint, kann ich nicht erkennen. Jedenfalls ist die Anschauung, wie sie wenigstens Lößer deutlich

---

[3]) Daß durch Sinzheimers Konstruktion, nach der sich § 119a GO. als ein Verstoß gegen das BGB. erweist, dem Gesetzgeber ein grobes Versehen zum Vorwurf gemacht wird, kann natürlich hier ebensowenig wie bei der Verwirkung als ein Gegenbeweis gegen seine Theorie betrachtet werden (a. M. Sigel S. 132).

[4]) S. 133.

[5]) S. 97.

[6]) S. 545.

[7]) Soz. Prax. Bd. 12 S. 419; auch Köhne S. 195 bezeichnet die Einbehaltung schlechthin als Zurückbehaltung.

vertritt, nicht richtig. Bei der Zurückbehaltung im Sinne des § 273 BGB. müssen sich fällige Leistungen auf beiden Seiten gegenüberstehen; im Fall der Lohneinbehaltung haben wir aber überhaupt noch keine existente Forderung des Arbeitgebers, ein Unterschied, der schon zu Eingang dieses Paragraphen besprochen wurde.

Wenn Neukamp[8]) die Einbehaltung als „eine vertragsmäßige Sicherheitsleistung des Arbeiters, die dieser dem Arbeitgeber mit einem Teile seines Lohnes, also mit einer Barsumme so bestellt, daß die Sicherheit bei dem Arbeitgeber hinterlegt wird", eine Anschauung, die teilweise an Sinzheimer anklingt, so ist dem entgegenzuhalten, daß von einer Sicherheitsleistung durch Hinterlegung keine Rede sein kann, weil nach Bürgerlichem Gesetzbuch (§ 233 e contrario) das hinterlegte Geld im Eigentum des Kautionsbestellers bleibt,[9]) abgesehen davon, daß der ganze Vorgang der Einbehaltung einer Hinterlegung sehr wenig ähnlich sieht.

Eine m. E. befriedigende Auslegung der Lohneinbehaltungsabrede gibt dagegen Lotmar[10]): „Die Ausbedingung der Einbehaltung ist nach deren Begriff Ausbedingung einer Vertagung der Zahlung oder eines Aufschubs der Zahlungszeit". An einer anderen Stelle (S. 437) spricht er von der Einbehaltung als einer Kreditierung des Arbeitnehmers. Daß man, wie Poel[11]) meint, von einem Kreditieren nur sprechen könnte, „wenn der Arbeitgeber augenblicklich pekuniär nicht in der Lage wäre, den Arbeitnehmer zu befriedigen", ist gänzlich unzutreffend. Im volkswirtschaftlichen Verkehr ist der Kredit in unserer Zeit wahrlich zu einem Güterumsatzmittel geworden, das längst den ominösen Beigeschmack des „Borgens" verloren hat. Kreditieren läßt sich nicht allein der arme Schlucker, der nicht bar zahlen kann, sondern auch im Interesse der Bequemlichkeit und der Zeitersparnis der reiche Kaufherr. Den Lotmarschen Standpunkt hat, wie oben bemerkt, teilweise auch Sigel akzeptiert.

---

[8]) VerwArch. Bd. 5 S. 226.
[9]) vgl. Sinzheimer S. 101; s. auch Lotmar S. 449.
[10]) S. 449.
[11]) S. 66.

II. Eigentlich unabhängig von dem rechtlichen Wesen der Lohneinbehaltungsabrede ist die Frage nach ihrer Zulässigkeit. Denn die Einbehaltung als solche, welcher juristischer Natur sie auch sein mag, ist stets rechtsgültig, weil die Spezialvorschrift der Gewerbeordnung selbst Bestimmungen über sie trifft. In Konsequenz meiner bei Erörterung der Lohnverwirkung vertretenen Anschauung muß ich auch hier betonen, daß aus dem Wortlaut des § 119a GO. nicht allein eine bloße Voraussetzung der Zulässigkeit der Einbehaltung, sondern die ausdrückliche Zulässigkeit selbst zu entnehmen ist. Und wenn auch, wie Sinzheimer (S. 93) anführt, die Mehrheit des Reichstags der Anschauung war, das Recht zur Lohneinbehaltung sei außerhalb der Gewerbeordnung im Zivilrecht zu suchen, so reicht diese Meinung zur Bekämpfung der hier vertretenen Ansicht nicht aus. Es kommt nicht auf den Willen und die Anschauungen des Gesetzgebers, sondern darauf an, was das Gesetz sagt. Man könnte hier zwar einwenden: Der § 119a mag gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie § 134 Abs. 2 GO. ein Spezialgesetz sein. Nun ist aber durch das Bürgerliche Gesetzbuch der § 394 statuiert worden, dessen Zweckbestimmung der Anwendung der genannten gewerberechtlichen Vorschriften widerspricht. § 394 ist aber wiederum ihnen gegenüber Spezialgesetz und schließt daher ihre Gültigkeit aus. Allein es handelt sich hier nicht um die Lohneinbehaltung überhaupt, sondern nur um die zur Sicherung eines durch Kontraktbruch entstehenden Schadens. Der § 394 soll zunächst doch wohl nur den Arbeiter gegen Lohnabzug wegen eines nicht vorsätzlich oder böswillig verursachten Schadens schützen; daher das Aufrechnungsverbot. Eine Folge des einheitlichen Aufrechnungsverbotes ist aber, daß auch in anderen, nicht dem Schutz des § 394 prinzipiell unterstehenden Fällen praktisch das Aufrechnungsverbot angewendet werden muß. Es liegt daher kein Grund vor, den § 394 BGB. auf den Fall der Einbehaltung des § 119a GO. im Wege der Rechtsanalogie anzuwenden.

Übrigens ergibt sich die Zulässigkeit der Lohneinbehaltung aus der Lotmarschen Konstruktion. Die Einbehaltung ist Kreditierung eines Teils des Lohnes. Eine Kreditierung aber, die nur eine Hinausschiebung der schließlichen Zahlung ist, ist

weder ein Verstoß gegen das Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot noch gegen die Bestimmung des Lohnbeschlagnahmegesetzes; denn als eine Verfügung im Sinne des letzteren kann eine Kreditierung doch wohl kaum betrachtet werden. Nimmt man freilich, wie Singheimer und Sigel, an, die Einbehaltungsabrede enthalte noch die Vereinbarung eines event. Befriedigungsrechts, so muß man, wie es auch beide tun, unausbleiblich mit § 2 LVG. kollidieren und, wenn man sich nicht auf den Standpunkt stellt, daß § 119a eine lex specialis sei, die Einbehaltung für wirkungslos erklären.

III. Eine andere Frage — vom Standpunkt der Lotmarschen Theorie aus — ist, ob die Einbehaltung unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechts noch praktische Bedeutung hat, ob ihr Zweck auch realisiert werden kann. Die Einbehaltung ist, um mit Lotmar zu reden, nur ein Glied in einem umfassenderen Prozesse: Der Arbeitgeber will einbehalten, um ein Befriedigungsobjekt im Bedarfsfalle zu haben. Diese Befriedigung geschieht dann durch Aufrechnung des entstandenen Schadensersatzanspruchs gegen die noch ausstehende Lohnforderung des Arbeiters. Kann der Einbehaltungszweck auf diesem Wege realisiert werden? Im Gegensatz zu Lotmar muß ich diese Frage mit Ja beantworten. Lotmar sagt, die Kreditierung bedeute eine Hinausschiebung der Zahlungszeit bis zur Vertragslösung, und es könne daher in Anwendung des § 394 BGB. und des § 1 LVG. nicht aufgerechnet werden, wenn der Arbeiter am Tage der Vertragslösung den Rückstand einfordere. Es ist aber unrichtig, zu behaupten, durch die Einbehaltungsabrede werde für den einzubehaltenden Teil des Lohnes der ursprüngliche Zahlungstermin verschoben, wenigstens im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes. Nach diesem gibt es eben nur einen einheitlichen Zahlungstag für den ganzen Lohn, und wenn über diesen hinaus der Lohn kreditiert wird, unterliegt er nicht mehr dem Schutze des Lohnbeschlagnahmegesetzes, das den Lohn nur bis zum Zahlungstag schützen will.[12]) Übrigens begeht Lotmar hier eine Inkonsequenz gegenüber seiner früheren bei Besprechung der Stundung am Zahlungstag geäußerten Anschauung. Wie auf S. 42 bemerkt ist, stützt Lotmar

[12]) vgl. Gaupp-Stein S. 654.

die Behauptung der Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen den am Zahlungstag vom Arbeiter eingeforderten, aber dann kreditierten Lohn darauf, daß die durch die Einforderung eingetretene Rechtswirkung des Aufrechnungsverbots nicht mehr geändert werden könne. Von einer Hinausschiebung des Zahlungstermins durch die Stundung an diesem spricht er nicht, trotzdem die freiwillige Stundung am Zahlungstag und die vorher als Einbehaltung vereinbarte unter dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkt zu betrachten sind.

Es ergibt sich also als Resultat: 1. die Einbehaltung als solche ist zulässig; 2. gegen den einbehaltenen Lohn kann aufgerechnet werden.[13])

§ 13.

Schlußbemerkung.

I. In vorstehenden Erörterungen habe ich ein Bild von der rechtlichen Behandlung des Kontraktbruchs seitens des Gewerbegehilfen zu entwerfen gesucht. Ich glaube insbesondere gezeigt zu haben, welche Uneinigkeit in der Wissenschaft vornehmlich bebezüglich der Realisierung der aus dem Kontraktbruch für den Arbeitgeber entstehenden Schadensersatzansprüche besteht. Diese Uneinigkeit, die zweifellos auf einem zu wenig klaren positiven Recht beruht, weist kategorisch auf eine Reform des bestehenden wenig befriedigenden Zustandes hin. Insbesondere ist es das Bürgerliche Gesetzbuch, welches durch das in seinem § 394 enthaltene, in letzter Konsequenz auch dem Arbeitgeber gegenüber durchgeführte und hierin dem früheren Recht widersprechende Lohnschutzprinzip die Verwirrung in Wissenschaft und Praxis hineingetragen hat. Wohl zu begrüßen wäre diese Neuerung als Fortschritt in der sozialen Gesetzgebung gewesen, hätte der Gesetzgeber das Aufrechnungsverbot nicht so unbeschränkt ausgesprochen. Im vorstehenden hat sich gezeigt, daß da, wo die Durchführung des Aufrechnungsverbots einer Härte dem Arbeitgeber gegenüber, ja noch mehr, eine drohende Schädigung[1]) der ganzen Volks-

[13]) Ebenso Bail S. 177; s. auch Prenner S. 27.

[1]) Bei Massenkontraktbruch (Streik).

wirtschaft durch Begünstigung des Kontraktbruchs bedeutet, die Versuchung sehr nahe liegt, den Gesetzgeber, der offenbar nur Stückarbeit geleistet hat, zu korrigieren und durch Betonung des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber dem Aufrechnungsverbot auf den sozialen Segen desselben in anderen Fällen zu verzichten. Es liegt sicher ein grober Verstoß wider Treu und Glauben vor und charakterisiert die Mangelhaftigkeit einer Gesetzgebung, wenn man zu dem Resultat kommen muß: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeiter den bis zum Kontraktbruch verdienten Lohn voll und ganz auszubezahlen, obwohl er einen begründeten Anspruch auf Schadensersatz hat, oder der Arbeitgeber darf dem Arbeiter, der ihn bestohlen oder aus purer Böswilligkeit Arbeitsmaterial beschädigt hat, keinen Abzug am Lohn machen. Und doch muß man zu diesem Resultat gelangen, sollen nicht die Unschuldigen, denen aus verzeihlicher Unachtsamkeit eine Materialbeschädigung oder dergl. unterläuft, mit den Schuldigen büßen. Ich habe versucht, in meinen Ausführungen stets einen vermittelnden Standpunkt einzunehmen, und ich gestehe zu, daß mich die obersten Prinzipien eines vernünftigen Lohnschutzes einerseits und von Treu und Glauben andererseits geleitet haben, und daß ich darnach versucht habe, auch m. E. juristisch mögliche Resultate zu gewinnen. Darum bin ich auch zu einer Zulässigkeit der Lohnverwirkungs- und Lohneinbehaltungsabrede bezw. der Realisierung der letzteren gekommen, soweit es sich um Verwirkung und Einbehaltung für den Fall des Kontraktbruchs handelt. An die Unmöglichkeit einer Durchführung des unbeschränkten Aufrechnungsverbots hat auch die Landesgesetzgebung gedacht und dementsprechend durch Erlassung von einschränkenden Vorschriften in den Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Reichsgesetzgeber korrigiert.[2]) Eine Reform des § 394 BGB. im Sinne einer Ausnahme des Aufrechnungsverbots für die Fälle des durch vorsätzlichen Kontraktbruch und durch vorsätzliches Delikt entstandenen Schadens erweist sich daher als dringend notwendig.[3])

---

[2]) Ich erwähne nur bayer. AG. z. BGB. Art. 21; württembergische Gesindeordnung, Anlage zum AG. z. BGB. und zu dessen Nebengesetzen Art. 16 Abs. 1.

[3]) vgl. Sinzheimer S. 119ff.

II. Eine weitere Frage möchte ich hier noch zum Schlusse erörtern. Es sind Meinungen[4]) aufgetaucht, daß die Zivilgesetzgebung nicht ausreiche, um den Arbeiter von dem die Volkswirtschaft unter Umständen schwer schädigenden Massenkontraktbruch zurückzuhalten, und deshalb notwendig sei, daß die Staatsgewalt durch kriminelle Bestrafung des Kontraktbruchs eingreife. Es ist zuzugeben, daß die Folgen einer plötzlichen Arbeitseinstellung in Massen in volkswirtschaftlicher Beziehung äußerst schädigend wirken können. Aus der privatwirtschaftlichen Schädigung des einzelnen Arbeitgebers können bei der Kompliziertheit des modernen Wirtschaftslebens und der durch dieselbe bedingten Abhängigkeit der einzelnen Betriebe voneinander geradezu wirtschaftliche Krisen entstehen. Man muß sich aber nun fragen, ob eine Arbeitseinstellung, die nicht unter Kontraktbruch erfolgt, nicht die gleichen Folgen hat. Bei der Kürze der gesetzlichen Kündigungsfrist im gewerblichen Arbeitsvertrag, die womöglich durch Vereinbarung noch reduziert wird,[5]) ist es dem Arbeitgeber doch wohl kaum möglich, die schlimmen Folgen einer auch unter Einhaltung der Kündigungsfrist vorgenommenen Massenarbeitseinstellung abzuwenden oder bedeutend zu verringern. Gegen solche Arbeitseinstellungen gibt es aber kein gesetzliches Mittel, und sie kann man nicht mit Strafe belegen, ohne die Koalitionsfreiheit zu verletzen. Wenn nun also der Massenkontraktbruch gestraft werden sollte, so wird dadurch eine Schädigung der Volkswirtschaft, die abzuwenden doch der Zweck der Strafe sein soll, kaum verhindert werden können. Weiterhin würde auch eine Bestrafung des Vertragsbruchs, wie Frankenstein in seinem Werke über den Arbeiterschutz (S. 123) bemerkt, „sofern man nicht auch jeden anderen Vertragsbruch unter Strafe stellen will, ein mit der Idee des Rechtsstaates im Widerspruche stehendes Ausnahmerecht schaffen und eine starke Erbitterung unter den Arbeitern hervorrufen".[6])

[4]) So Conrad S. 259 f.

[5]) Vielfach überhaupt ausgeschlossen ist.

[6]) vgl. auch die Äußerungen des Abg. Lasker in den Reichstagsverhandl. von 1867 über den Vertragsbruch.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.